

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/107305>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-08 and may be subject to change.

Het Voorgebruiksrecht
in het
Nederlandsch Octrooirecht



Mr. J. Verzett
Chem. Drs.



Het Voorgebruiksrecht
in het Nederlandsch Octrooirecht

PROMOTOR:

Prof. Mr. J. Jurgens

Het Voorgebruiksrecht in het Nederlandsch Octrooirecht

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT TER VERKRIJGING
VAN DEN GRAAD VAN DOCTOR IN DE RECHTS-
GELEERDHEID AAN DE R. K. UNIVERSITEIT TE
NIJMEGEN, OP GEZAG VAN DEN WAARNEMEND
RECTOR MAGNIFICUS, MR. B. H. D. HERMESDORF,
HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER RECHTS-
GELEERDHEID, VOLGENS BESLUIT VAN DEN SE-
NAAT DER UNIVERSITEIT IN HET OPENBAAR TE
VERDEDIGEN OP DONDERDAG 23 SEPTEMBER 1943
DES NAMIDDAGS TE 3 UUR

DOOR

MR. JAN VERZETT

Chem. Drs.

GEBOREN TE GENNEP

GEDRUKT OP NORMAAL-FORMAAT B5, 176 × 250
TE ASSEN BIJ VAN GORCUM & COMP. (G. A. HAK & H. J. PRAKKE)

INLEIDING.

Onder voorgebruiksrecht verstaat men in het octrooirecht het uitzonderingsrecht voortvloeiende uit de bepaling van art. 32 der Octrooiwet, waar men leest onder sub 1:

„Hij, die op het tijdstip van eene aanvraag om octrooi door „een ander, datgene, waarvoor octrooi wordt aangevraagd, „binnen het Koninkrijk reeds in of voor zijn bedrijf vervaardigde of toepaste, of aan zijn voornemen tot zoodanige „vervaardiging of toepassing een begin van uitvoering had „gegeven, blijft niettegenstaande het octrooi, als voorgebruiker, „bevoegd de in art. 30, eerste lid, bedoelde handelingen te „verrichten, tenzij hij na het in werking treden dezer wet zijne „wetenschap ontleend heeft aan hetgeen reeds door den octrooi-aanvrager vervaardigd of toegepast werd, of wel aan beschrijvingen, teekeningen of modellen van den octrooi-aanvrager.”

Het geval, door den wetgever in dit artikel voorzien, is dus dit, dat een uitvinding is gedaan, waarop octrooi is aangevraagd, terwijl reeds tevoren, d.i. vóór de indiening der aanvraag, een of meerdere derden de uitvinding onafhankelijk van den octrooiaanvrager hebben gekend, en bovendien, hetzij volkomen, hetzij in beginstadium, in toepassing hebben gebracht. Alsdan blijven de uit het octrooi, volgens art. 30 der Octrooiwet, tegen eenieder gegeven rechten, tegenover de(n) voorgebruiker(s) buiten werking.

Dit uitzonderingsrecht is, wat betreft de frequentie, waarin het zich in de practijk waarneembaar voordoet, niet van veel belang. De statistiek van den Octrooiraad vermeldt over de jaren 1930 t.m. 1939 respectievelijk voor ieder jaar 28, 23, 14, 19, 18, 34, 17, 23, 23 en 18 volgens art. 30, tweede lid, der Octrooiwet in behandeling genomen aanvragen om een verklaring van voorgebruik, terwijl men bij de gepubliceerde jurisprudentie der Rechtelijke Macht slechts spaarzaam enkele

gevallen aantreft, waarin voorgebruiksrecht werd ingeroepen ¹⁾).

Wel echter is de strekking der bepaling van art. 32 een zeer ingrijpende, indien voorgebruiksrecht wordt gesteld, ten aanzien van belangrijke uitvindingen ²⁾. Het monopolie van den octrooihouder dreigt daardoor direct te worden doorbroken. Derhalve leek het gewenscht, de hier gegeven materie aan een nader onderzoek te onderwerpen, wat te eerder noodig bleek, nu hierover ten onzent slechts weinig literatuur is verschenen.

Een nadere bewerking van het onderwerp verschaft buitendien de welkome gelegenheid verscheidene punten van het octrooirecht eens mede vanuit den gezichtshoek van het voorgebruiksrecht te bezien. Daartoe werd vooraf een behandeling van het uitvindersrecht gegeven. Immers voorgebruiksrecht is een uitzondering daarop, zoodat het, tot goed begrip van het voorgebruik, wenschelijk is, allereerst de voor den uitvinder in het leven geroepen rechtsbescherming te omschrijven, met het oog op de later te geven uiteenzetting nopens den voorgebruiker.

In het bijzonder werden de gronden, waarop het octrooirecht steunt, onderzocht. Dat de grondslag van het voorgebruiksrecht van den zelfden aard is als dien, waarop het gansche octrooirecht berust, is een punt waaraan, naar het schijnt, niet steeds die aandacht is geschonken, welke het om zijn op den voorgrond springend belang verdient ³⁾.

¹⁾ De genoemde cijfers zijn ontleend aan de bijlagen bij de verslagen van den Voorzitter van den Octrooiraad over de genoemde jaren, verschenen bij de Landsdrukkerij.

De cijfers winnen aan beteekenis in vergelijking met de cijfers der gemiddeld over die jaren per jaar ingediende octrooiaanvragen resp. verleende octrooien. Ruwweg geschat werden per jaar in het betreffende tijdvak c.a. 5000 octrooiaanvragen ingediend, waarvan ongeveer de helft tot octrooien hebben geleid. Aldus komen op 2500 octrooien per jaar gemiddeld 21.7 gevallen van beweerd voorgebruik voor, dus nog niet bij 1% der uitvindingen.

²⁾ Voorgebruiksrecht komt practisch steeds voor bij uitvindingen van eenige portée. Immers het feit, dat reeds werd toegepast, duidt op de practische bruikbaarheid der uitvinding.

³⁾ Wanneer men het voorgebruiksrecht ziet als een uitzondering op het uitsluitend recht van den uitvinder — in dien zin werd den term „uitzonderingsrecht” gebezigd — dan is het uiteraard niet logisch dwingend, dat de uitzondering op denzelfden grondslag berust als den regel. Men moet echter wel onderscheiden tusschen de regeling van het hoofdgeval en de regeling van de uitzondering en den grondslag van die regeling. Die grondslag is hier in beide gevallen dezelfde n.l. het recht van den uitvinder op de uitvinding.

Eerst na eenige aarzeling werd ook de buitenlandsche literatuur en rechtspraak — uiteraard enkel van de voornaamste landen, zooals: Duitschland, Engeland, Frankrijk en de Vereenigde Staten van Noord-Amerika, wier rechtssysteem trouwens representatief mag heeten voor de meeste andere landen — in het onderzoek betrokken. Eenerzijds lag het voor de hand bij een recht met een zoo sterk internationaal karakter, als het octrooirecht, ook de belangrijkste opvattingen van over onze grenzen tot uitdrukking te brengen. Er kleeft evenwel aan een dergelijke rechtsvergelijking een opmerkenswaard bezwaar. Namelijk dit, dat men al vlug geneigd raakt, aan uitvoerig onderzochte buitenlandsche opvattingen zelfs voor ons recht directe beteekenis te hechten, zonder ter toetse te brengen, in hoeverre de vreemde wetgeving, en bijzonderlijk het systeem dier wetgeving, van onze regeling afwijkend is.

Dat niettemin over deze aanvankelijke bedenking werd heengestapt, vindt niet zoozeer zijn verklaring in het gewicht, dat aan de vreemde doctrine moet worden toegekend, dan wel in de overweging, dat het Nederlandsche octrooirecht mede is gegroeid uit die vreemde stelsels, die reeds bestonden vóór de invoering der Octrooiwet in 1910/12, zoodat voor de bestudeering der ontwikkeling van het octrooirecht en van het voorgebruiksrecht toch op vreemde regelingen moet worden teruggegrepen.

Wat het voorgebruiksrecht zelf betreft, blijft de rechtsvergelijking practisch beperkt tot Duitschland, het eenige land van de genoemde, dat een wettelijke regeling van het voorgebruiksrecht kent. Hier doet de rechtsvergelijking ook duidelijk zien, dat bij alle punten van overeenkomst, die ons recht met het Deutsche vertoont, zich toch aanmerkelijke verschilpunten voordoen.

Nog een reden voor het opnemen van buitenlandsche beschouwingen is gelegen in het feit, dat het octrooirecht niet enkel door juristen, doch ook, en niet in de minste mate, door technici wordt gehanteerd. Technici neigen, naar den aard hunner opvattingen, meer dan de juristen tot abstractie van een begrip buiten de nationale rechtsregeling om. Derhalve werd het wenschelijk geacht, voor verscheidene begrippen ook vreemde opvattingen tot uitdrukking te brengen en na te gaan, in hoeverre in de wereld een *communis opinio* aanwezig is. Bijzonderlijk voor den technisch aangelegden mensch zal het

een geruststelling zijn, wanneer hij ziet, dat de gevonden rechtsregel overal ter wereld dezelfde is. In het andere geval heeft men in de nationale regeling de keuze te zien, die de wetgever maakte uit de tegengestelde meeningen.

De behandeling der stof leidde op menig punt tot een van de gangbare afwijkende zienswijze. Bij de bestudeering van het vraagstuk bleek, dat in het voorgebruiksrecht, hetwelk als een uitzondering op het normale steeds een ietwat stiefmoederlijke behandeling gewerd, zeer verschillende gedachtenstroomingen dooreen loopen. Wij hebben getracht een theoretisch uitgangspunt te vinden, van waaruit een meer „einheitliche” zienswijze zich zou kunnen ontwikkelen, waardoor ook de praktische toepassing wordt vereenvoudigd. Heeft de praktische bruikbaarheid van ons werk daarmee op sommige punten iets geleden, vooral daar waar wij met een gevestigde rechtspraak en doctrine in botsing zijn gekomen, anderzijds meenen wij juist op die punten de grondslagen te hebben blootgelegd, waarop in die gevallen rechtspraak en doctrine berusten, hetgeen ook voor de practijk van voordeel kan zijn.

De Nederlandsche rechtspraak is uitvoerig behandeld, waarbij ter verduidelijking steeds de in het geding zijnde uitvinding, door weergave der conclusie van het octrooi werd omschreven ⁴⁾.

*Daer niet gewonnen word,
is 't ijdel datmen strijd.*

VONDEL.

⁴⁾ Dit geschiedde mede indachtig een woord van ADOLF SCHLATTER: „Unsere Begriffe sind nur dann Erkenntnisse, wenn die Tatsachen, aus denen sie entstanden, vor unserer Wahrnehmung stehen”. Ethik, 3e Aufl. 1925.

HOOFDSTUK I.

DE GRONDSLAG VAN HET OCTROOI-RECHT.

Wanneer men zich bezint op den grondslag van het octrooi-recht, dan wordt men, na bestudeering der op dit gebied verschenen literatuur, en na eenige jaren kennismaking met de practijk, bestormd door een beangstigend groot aantal gedachten. Er zijn niet minder dan een zevental ¹⁾ theoriën over den grondslag van het uitvindersrecht bekend, n.l. de eigendomstheorie, de contractstheorie, de privilegiën- of monopolietheorie, de loontheorie of beter de belooningstheorie, de „Immaterialgüterrechtstheorie“, de theorie der „Persönlichkeitsrechte“ en ten slotte de utiliteitstheorie.

Twee dezer theoriën leunen aan tegen van ouds bekende figuren uit het privaatrecht, n.l. de eigendomstheorie en de contractstheorie. Beide kan men zich nog eens voorstellen in twee schakeeringen. Volgens de eerste schakeering is het uitvindersrecht inderdaad eigendom, is het octrooi inderdaad een contract in den positiefrechtelijken zin. In de tweede schakeering is er slechts sprake van een analogie met die figuren.

De privilegiënthetheorie en de loontheorie zweemen meer naar het publiekrecht. Zij zien direct op naar de „overheid“ als de gerechtige verdeeler van alle goed, die hare waardeering voor den arbeid van den uitvinder uit in den vorm van een privilege of een belooning voor den uitvinder. Als zoodanig hebben zij eenigszins antieke trekken.

Uiterst modern zijn daartegenover de beide Duitsche theoriën over het uitvindersrecht, de leer van het immaterieele rechtsgoed en die der persoonlijkheidsrechten. Zij zijn modern, insooverre de een in het oude systeem van het recht een nieuw

¹⁾ Er zijn nog meerdere, waarbij zeer interessante, theoriën bekend. De genoemde zijn de meest verbreide.

rechtsobject brengt en de andere een nieuwe groep van rechten in het rechtsschema.

De utiliteitstheorie, voor zoover men hier van een theorie kan spreken, houdt zich met principieele vragen niet bezig. Zij ziet in het octrooirecht een speciaal recht, gebaseerd op zuiver politieke overwegingen ter bevordering der nijverheid.

Ieder van deze theoriën heeft voordeelen, waar ze een bepaald facet van het uitvindersrecht scherp belicht, elk heeft ook zijn nadeelen en men ontkomt niet aan den indruk, dat ons huidige octrooirecht eigenlijk de resultante is van al die gedachtenstroomingen samen, waarbij nu eens de eene, dan eens de andere meer of minder bewust op den voorgrond is gekomen.

Men kan zich afvragen, of het bij dezen stand van zaken van eenige beteekenis is, zich in den grondslag te verdiepen, m.a.w. heeft dit eenige waarde voor ons positief recht? Die vraag moet bevestigend worden beantwoord. Voor de rechtsvorming zijn die theoriën uiteraard van belang geweest en zijn ze nog van belang. Mitsdien ook voor de wetstoepassing. In de rechtsdialectiek spelen de termen dier theoriën een rol; voor het begrip van den samenhang der positiefrechtelijke bepalingen is kennis dier theoriën onontbeerlijk.

De bevestigende beantwoording doet een nieuwe vraag opkomen en wel deze, hoe dit onderwerp aan te snijden? Binnen het thans er beschikking staande kleine bestek lijkt het voordeelen te hebben, een bepaalde theorie uitvoerig te behandelen, waardoor de andere theoriën te gelegener plaatse die bespreking gewordt, die, zonder zevenmaal op hetzelfde onderwerp in te gaan, noodig blijkt. Daartoe is dan een keuze uit die theoriën noodig en wel een verantwoorde keuze.

Gekozen wordt de eigendomstheorie, die daarvoor het meest in aanmerking komt, om redenen van uiteenloopenden aard. De eigendomstheorie behandelt het geheele gebied vanaf het ontstaan der uitvinding. Dit kan van alle andere theoriën niet steeds worden gezegd, wier verklaring soms eerst aanvangt, daar waar het octrooirecht begint, dus bij de octrooiaanvraag of de octrooiverleening, zooals de contracts-, de monopolie-, de beloonings- en utiliteitstheorie. De eigendomstheorie is ook de oudste privaatrechtelijke theorie, die aansluit aan het eenmaal bestaande systeem in het privaatrecht, waarin de eigendom de centrale figuur is. Dit is een punt van niet te onder-

schatten belang, ook al, wijl door die centrale figuur van den eigendom onze geheele rechtstaal daarmee samenhangt. De rechtsterminologie is eenmaal op eigendom als uitgangspunt ingesteld ²⁾. Dit doet vervallen het argument, dat nog kon worden ontleend aan de benaming der rechtscategorie, waartoe het octrooirecht behoort, den industrieelen eigendom ³⁾ genaamd.

Er zijn echter nóg een tweetal redenen voor onze keuze. Het is eerstens reeds weer vrij lang geleden, dat de eigendomsleer voor het uitvindersrecht werd bestudeerd, zoodat het samenstellen van een critisch overzicht reeds daarom wenschelijk lijkt, doch vooral, omdat een zoodanig overzicht in onze literatuur zelfs geheel schijnt te ontbreken. De tweede reden is van meer principieel belang. Eigendomsrecht is een figuur, welke bij het volk bekend is. Een daarop gebaseerd octrooirecht is voor eenieder, althans in groote lijnen, begrijpelijk. Van meer moderne constructies, zooals het persoonlijkheidsrecht of het immaterieelrechtsgoederenrecht is dit niet te zeggen. Zelfs voor menigen Nederlandschen jurist zijn dit onbekende klanken, althans geleerde klanken, waarachter zich slechts een uiterst vaag begrip verbergt. Wanneer men, zooals deze theoriën doen, het bekende schema verlaat en daarvoor iets kunstmatig nieuws brengt, dan kan men het voordeel hebben van een juridisch-wetenschappelijk verantwoord systeem, doch dan dreigt tevens het gevaar, dat men niet meer wordt verstaan. Voor een jong recht, als het octrooirecht, dat nog steeds een receptie in breedere kringen behoeft, is dit met name ten zeerste bedenkelijk. Die receptie zal gemakkelijker plaats hebben aan de hand van bekende begrippen.

De eigendomsleer zal als volgt worden behandeld. Eerst zal in het kort worden uiteengezet — voor zooveel nodig — wat

²⁾ Of men wil of niet, spreekt men van koop, levering, overdracht, enz. . . . van een uitvinding.

³⁾ Het hier besproken onderwerp zou men ook op breedere basis kunnen opzetten voor alle rechten, welke tot den industrieelen eigendom worden gerekend. Wij beperken ons hier tot het octrooirecht om niet in al te wijdloopige beschouwingen te vervallen in verband met verschilpunten, die er tusschen die rechten bestaan. Dit heeft wel het nadeel van detailwerk, waardoor ook interessante beschouwingen t.a.v. die andere rechten achterwege blijven, die mogelijk ook hier bevruchtend zouden kunnen werken.

de eigendomstheorie voor het uitvindersrecht inhoudt. Daarna zal een kritisch overzicht der literatuur worden gegeven, meer uitvoerig, in chronologische volgorde, van de Nederlandsche literatuur en meer beknopt van de buitenlandsche literatuur. De andere theoriën komen daarbij te gelegener plaatse ter sprake. Ten slotte zullen wij, een overzicht van het onderwerp verkregen hebbende, bezien tot welke opvatting dit aanleiding geeft.

Wat is nu de eigendomstheorie voor het uitvindersrecht? Deze gaat uit van den volgende gedachtengang. Sinds de ontwikkeling der techniek in de laatste eeuwen aan de hand van den grooten vooruitgang der natuurwetenschappen heeft een uitvinding, d.i. een concrete nieuwe gedachte⁴⁾, die op eenig terrein der nijverheid tot een resultaat leidt, waarde

⁴⁾ Is de uitvinding een gedachte? Tot voor kort werd dit vrijwel algemeen aangenomen, doch Dr L. van Binsbergen keert zich daartegen in zijn in 1934 verschenen brochure „De uitvinding als gedachte en als ding” (N.V. W. P. van Stockum en Zoon, Den Haag). De auteur komt tot de conclusie, dat een ding, niet de uitvindingsgedachte, het voorwerp van het octrooirecht uitmaakt. Deze opvatting is onhoudbaar. Met alle waardeering voor de interessante studie van den auteur dient te worden opgemerkt, dat hij reeds in den aanvang van zijn betoog een fout maakt, die ruïneus is voor zijn verdere beschouwingen. Dat is op het punt waar Binsbergen de tegenstelling maakt *uitvinding als gedachte en uitvinding als ding*. Hij ziet daarbij, klaarblijkelijk argeloos, over het hoofd, dat men een dergelijke tegenstelling misschien wel in maar niet voor het octrooirecht kan maken. In de octrooiwet is op verschillende plaatsen inplaats van de uitvinding sprake van een nieuw voortbrengsel en een nieuwe werkwijze als een onderscheidende opsomming. Daargelaten of deze onderscheidende omschrijving een gelukkige mag worden geacht — ook al waar de nieuwe inrichting niet wordt genoemd — moet nu toch worden opgemerkt, dat in elk geval een werkwijze niet is een ding. Een werkwijze, een wijze van werken, een aanwijzing voor menselijk handelen is niet materieel, of, om een wetsterm te gebruiken, is nimmer lichamelijk. Een werkwijze is noodwendigerwijze een gedachte. Daarmede reeds — andere argumenten zijn nu overbodig — ontvalt aan Binsbergen de vraagstelling in de tegenstelling. Hiermede is niet gezegd, dat de overigens inderdaad zeer lezenswaardige beschouwingen van Binsbergen geheel waardeloos zijn. Voor ons doel gaat het hier slechts om de onderscheiding materieel of niet materieel, een simpel tweeledige dus. Zou de uitvinding materieel *kunnen* zijn, dan zou dit ongetwijfeld medebrengen, dat eigendom van uitvindingen mogelijk is.

Men moet hierbij wel onderscheiden tusschen het octrooi en de uit het octrooi voortvloeiende rechten, tusschen de tweeledige strekking van het octrooirecht: vastlegging der uitvinding en bescherming der uitvinding, artt. 1 en 30 O.W. Ge-octrooieerd in den zin van vastgesteld wordt uiteraard de uitvinding in concreto.

gekregen. M.a.w. de uitvinder heeft „iets”, een nieuwe gedachte, die hij aan een ander kan „overdragen” tegen een bepaalde som gelds of een andere contraprestatie. Hij heeft daarop dus klaarblijkelijk een recht en wel het meest volkomen denkbare recht. Wat is den aard van dit recht? Van welken aard is de rechtsverhouding van den uitvinder tot dit object, zijn uitvinding? Dit *moet*, zoo zegt men, eigendomsrecht zijn, min of meer gedreven door de gedachte, want het kan niets anders zijn. Nu blijkt echter, dat deze vorm van eigendom dan door het gemeene recht zeer onvoldoende beschermd is en tevens, dat een zekere vaststelling van dat recht hoog noodig is. Het geheim der uitvinding kan uitlekken. Anderen kunnen die gedachte ontleenen. Hoe wil dan de uitvinder tegen hen optreden en hoe wil hij aantoonen, dat het *zijn* gedachte is geweest. De eigendomsacties zijn hiertoe onvoldoende; het bewijs van het uitvinderschap immer lastig. Daarvoor geeft dan de octrooiwet een tweeledige regeling: een procedure tot de vaststelling van recht en een speciale actie tot handhaving van het recht. Dit is in korte trekken de eigendomsleer. Zij vindt een sterk aanknoopingspunt in de positiefrechtelijke regeling der octrooiwet, die de uitvinding onverbrekkelijk aan den uitvinder bindt en iedere ontleening tot een ondeugdelijke stempelt (Art. 9 O.W.).

Gaan wij thans over tot een bespreking der Nederlandsche literatuur ⁵⁾. In een oud boekje uit het jaar 1851 van A. J. B. Stoffels ⁶⁾ vindt men aan de eigendomstheorie een uitvoerig betoog gewijd. Stoffels stelt zich de vraag, of het beginsel, waarop de instelling der octrooien berust, op het natuurrecht steunt en komt tot een ontkennend antwoord. Hij tracht aan

⁵⁾ Teneinde het betoog niet onnoodig gecompliceerd te maken wordt slechts incidenteel onderscheiden tusschen eigendom in positiefrechtelijken en analogischen zin, daar waar dit noodig blijkt. Er is voorts bij eenige schrijvers sprake van natuurrecht; in den strijd om het natuurrecht gaan we ons niet begeven, zoodat de desbetreffende opmerkingen voor rekening van die schrijvers blijven. Alles wat niet positiefrechtelijk is, zooals natuurrecht, ethisch recht, billijkheid en wat dies meer zij, noemen we buitenpositiefrechtelijk recht.

⁶⁾ A. J. B. Stoffels, De wetgeving op de octrooijen voor uitvinding, verbetering en eerste invoering. — Een staathuishoudkundige proeve — Leyden en Amsterdam. J. H. Gebhard & Comp. en Jacs. Hazenberg Cs Zoon, 1851.

te toonen, „dat de mensch, uit de natuur, geen eigenaar is van zijn uitvinding, en dat de billijkheid en het maatschappelijk belang de eenige gronden zijn waarop zulk een wetgeving steunen moet”.

Na vooraf te hebben opgemerkt, dat de tijd voorbij is, toen uitvinders van nieuwigheden meestal het voorwerp van nijd en afgunst waren en vaak op vreemden grond een wijkplaats moesten zoeken tegen de vervolging hunner mededingers, gaat hij over tot een bespreking van de juridische figuren van eigendom en bezit voor zoover zij betrekking zouden kunnen hebben op uitvindingen. Wij zullen Stoffels in dit betoog niet volgen, daar wij dezelfde argumenten later nog uitvoerig bij anderen zullen aantreffen, doch bovenal om deze reden, dat hij klaarblijkelijk zijn betoog in dit opzicht zelve niet voldoende sterk acht, aangezien hij een aantal aanvullende argumenten geeft, bij welke, om deszelfs merkwaardigheid, een oogenblik kan worden stilgestaan:

„Dat het natuurregt den mensch geen' eigenaar maakt van „zijne uitvinding, blijkt ook nog ten duidelijkste uit het on„gerijmde in de gevolgen dezer stelling. Wat is eene uitvinding? „Eene uitvinding is het vinden van iets, door toepassing, dat „vóór de vinding nog niet bestond.

„Eene uitvinding vereischt altijd eene voorafgaande gedachte; „immers de toepassing kan niet zonder voorafgaande gedachte „geschieden? Dus is de uitvinding eene vrucht van de gedachte, „en wel eene stoffelijke vrucht.

„Wanneer nu de denker eigenaar was van zijne gedachte, „en er dus het uitsluitend regt op had, dan volgt hieruit, dat „wanneer iemand voor zich zelve gevolg geeft aan de gedachte „van een ander, hij daardoor het regt van diens eigendom zou „schenden. Met andere woorden: wanneer iemand iets uitdenkt „of bedenkt, en daarna een ander, door het uitlekken van des „eersten gedachte, ook datzelfde denkt, dan mag hij, volgens „het beginsel van eigendom, geen gevolg geven aan die gedachte, „zonder den wil des eersten bedenkers. — Een paar voorbeelden „zullen, gelooven wij, meer dan genoeg zijn om het bespottelijke „hiervan te doen inzien.

„Twee reizigers bevinden zich op een eenzame plaats, alwaar „noch menschelijke woning, noch eene beek, noch bron aan„wezig is. Uitgeput van vermoeienis en behoefte, zien zij te

„vergeefs naar eenige mogelijkheid uit, om hun' brandenden „dorst te lesschen. Een van beiden komt op de gedachte, dat is, „hij vindt een middel uit, om, door zijne kleederen uit te span- „nen, de regendruppels op te vangen en zich met dit vocht te „verkwikken. Nu wil de andere, dit ziende, zijnen reisgezel „aanstonds navolgen, doch deze verbiedt hem zulks en zegt: „ik heb dit middel uitgevonden, ik ben dus van natuur eigenaar „van dit middel, en het uitsluitend genot er van komt mij, „en mij alleen, toe. Indien gij nu tegen mijnen wil gebruik „maakt van mijne uitvinding, dan maakt gij inbreuk op mijn „*regt als mensch*. Den ongelukkigen reiziger blijft alzoo, indien „hij eenigen eerbied voor het natuurregt heeft, niets anders „over, dan van dorst te sterven, om zijnen medgezel het uit- „sluitend genot te laten van zijn eigendom.

„Kan er na dit voorbeeld nog twijfel aan de ongerijmdheid „van het beginsel van eigendom der uitvindingen bestaan? — „Misschien zoude een of ander criticus er op kunnen tegen- „werpen, dat in het bovenstaande geval een ander beginsel, „dat van zelfbehoud namelijk, dat ook uit de natuur bij ieder „mensch bestaat, tegenover den natuurlijken eigendom kan „gesteld worden: *in den nood zijn alle goederen gemeen*; doch „het is duidelijk, dat het voorbeeld slechts gekozen is, om „de ongerijmdheid te sterker te doen uitkomen. — Men zou, „volgens het meer gemelde beginsel, ook den uitvinder der „regenschermen in het uitsluitend bezit van zijne uitvinding „moeten laten en zich, om den wille van het natuurregt, dagelijks „doornat laten regenen, tenzij het den uitvinder mogt goed- „dunken, ons of aan eenigen van ons, het gebruik van zijn „eigendom te veroorloven”.

Verdergaand merkt Stoffels op, dat een bewijs voor zijn stelling is te vinden in den *sensus communis*:

„Alle volken nemen den stelregel aan: *res nullius cedit primo „occupanti*, en kennen aldus den eigendom eener onbeheerde „zaak aan den eersten bezitter toe. Bijna alle volken eer- „biedigen den eigendom van vreemde eigenaars; maar er „bestaat geene natie, welke de uitvindingen in andere landen „gedaan, als den eigendom dier uitvinders eerbiedigt. Het „tegendeel heeft schier overal plaats en men looft belooningen „uit aan hen, die vreemde uitvindingen het eerst hebben „ingevoerd”.

Belangrijk acht Stoffels een „geestige scherts” in een noot door hem ontleend aan Ch. Comte, *Traité de la Propriété* 1841:

„Voilà, des vérités évidentes par elles mêmes, gravées dans tous les esprits et dans tous les coeurs et qui ne peuvent être contestées que par des hommes qui ont fermé les yeux à la lumière. Suivons- les dans l'application, et nous en serons encore plus vivement frappés. — Le premier homme qui conçut et exécuta l'idée de transformer un morceau de bois en une paire de sabots, ou une peau d'animal en une paire de sandales, acquit par ce seul fait le droit exclusif de chausser le genre humain. Dès ce moment tous les hommes se trouvèrent dans l'obligation de marcher nu-pieds, ou d'aller se pourvoir de chaussures auprès de l'heureux inventeur. Si la découverte fut faite par un habitant du pôle boréal, les habitants du pôle austral ne purent, sans blesser les droits, de l'homme et sans violer les principes gravés dans tous les coeurs, se permettre de porter des sabots sans les avoir achetés à l'autre extrémité du globe.

„Il n'est pas moins évident à leurs yeux que le premier homme qui, découvrant un grain de blé, s'avisa de le déposer dans le sein de la terre, de le faire multiplier et de fabriquer du pain, acquit le droit exclusif de se nourrir et de nourrir le genre humain avec cette nouvelle espèce d'aliment. Dès ce moment, les peuples de toutes les races, blancs, noirs, jaunes, rouges et basanés, durent traverser les mers et les montagnes pour aller se pourvoir de pain auprès de l'inventeur. Ceux qui ne purent faire le voyage furent obligés de continuer de manger des serpents, des rats ou des grenouilles, ou même de se manger les uns les autres, pour rester fidèles aux droits de la nature. Si une grande partie de la terre est aujourd'hui cultivée, on ne peut l'attribuer qu'à la profonde corruption de genre humain, qui viola les droits naturels, exclusifs et imprescriptibles du premier cultivateur et du premier fabricant de pain”.

Deze citaten zijn typeerend voor hetgeen men zooal tegen de eigendomstheorie voor uitvindingen te berde brengt. Het leek gewenscht er enkele vooraf in hun geheel te geven. De weerlegging is niet moeilijk. Het voorbeeld betreffende de twee in nood verkeerende menschen werd door zijn auteur zelf reeds weerlegd. De opmerkingen over het vrije gebruik van de nieuw

uitgevonden regenschermen zullen heden door niemand meer worden onderschreven, terwijl zij ook nietszeggend zijn nopens het karakter van het octrooirecht, of deszelfs rechtvaardiging. De bescherming van in den vreemde gedane uitvindingen is sinds de Conventie van Parijs een feit. Rest nog de „geestige scherts” van Comte. Ten aanzien hiervan vraagt men zich af, of het nu zoo vreemd is, dat, wanneer iemand een weg bezit, eenieder die over dien weg wil gaan, met den eigenaar daarvan te doen krijgt en eventueel zal moeten betalen. Woont de rechthebbende zeer ver weg, bijv. volgens het voorbeeld van Comte in de poolstreken, dan zou men inderdaad een verre reis moeten ondernemen, om rechtmatig over die paar meters weg te mogen gaan. Dit geldt evenzeer voor een landweg, als voor een waterweg, ja voorheen zelfs voor verscheidene zee-wegen. Zoodanige rechten dragen in zich de kiem om gemeenschappelijk te worden, d.w.z. dat het uitsluitend recht voor den eenling verloren gaat. Hetzelfde ziet men bij den geestelijken weg van den uitvinder naar den vooruitgang en wel in versterkte mate, waarover later meer ⁷⁾).

Men mag hierbij niet vergeten, dat de verdienste van iemand, die een weg bezit, gemeenlijk een zeer geringe is. Zoo hij door erfenis of koop het recht heeft verkregen, dus den weg niet zelve heeft aangelegd, is het bezit, zonder meer. Geheel anders is het in verband met uitvindingen. Ofschoon de verdiensten der uitvinders niet in alle gevallen zeer groote behoeven te worden geacht — men denke aan den gelukkigen inval —, is er toch in het meerendeel der gevallen een zwaar denkproces voor noodig, vóór men de uitvinding kan concipieeren, ofwel

⁷⁾ De voorbeelden van Stoffels en Gide zijn vooral gebruikt in den strijd voor of tegen octrooirecht, die men aanduidt met de anti-octrooibeweging. Men verlieze hierbij niet uit het oog, dat, gegeven eenmaal het bestaande octrooirecht, het niet de minste zin heeft op voor en tegen nog in te gaan.

T.a.v. de voorbeelden, welke Stoffels en Gide geven, is nog dit aan te voeren, dat ze pari passu tegen den eigendom kunnen gelden. Ware het regenscherm niet uitgevonden, men zou het niet kunnen gebruiken. Nu het eenmaal uitgevonden is en op die uitvinding geen uitsluitend recht meer rust, staat men nog steeds voor de keus, ofwel „zich dagelijks doornat te laten regenen”, ofwel er een te koopen. Zou hetgeen Gide opmerkt over een monopolie voor schoeisel niet evenzeer opgaan voor een monopolie berustend op eigendom? Wat ziet men in Amerika van de United Shoe Machinery Corporation voor schoenmachines! Is ook niet de aardolie practisch reeds in één hand of slechts weinige handen!

— ook deze overweging verlieze men niet uit het oog — ging er veelal een aanmerkelijke voorbereidende studie aan vooraf, alvorens men het vermogen verwerft, de bewuste „gelukkige invallen” te realiseeren. Het is trouwens opmerkelijk, dat een uitvinding waaraan langdurige en vooral notoir kostbare proeven zijn voorafgegaan wel op algemeene waardeering mogen rekenen, daarentegen niet de vluchtige doch elegante gedachte. Een woord van Wi. Ostwald schijnt hier leerrijk ⁸⁾:

„Die Ursache dieses grundverschiedenen Verhaltens gegenüber Gedanken und Versuchen liegt zunächst in der Ängstlichkeit. Die Neuheit eines Experiments ist, wenigstens dem allgemein Bekannten gegenüber, leicht zu erkennen, und die Sonderbarkeit oder überraschende Beschaffenheit desselben liefert ein ungefähres Mass für seine Bedeutung, das allerdings ziemlich trügerisch ist. Die Richtigkeit und Fruchtbarkeit eines neuen Gedankens ist dagegen sehr viel schwieriger zu beurteilen, und kommt er mit irgendwelchen „Selbstverständlichkeiten”, d.h. mit Annahmen, die man nicht weiter zu prüfen pflegt, in Widerspruch, so ist ihm das nächste Schicksal besiegelt. Hierzu kommt noch eine sonderbare psychologische Reaktion. Ein glänzendes neues Experiment erkennt man neidlos an, weil dazu erhebliche Mittel und Vorbereitungen erforderlich zu sein pflegen, über die nur wenige verfügen; man braucht sich also keinen Vorwurf daraus zu machen, dass man es nicht selbst erfunden hat. Aber einen gescheiten Gedanken hervorzubringen, dafür glaubt fast ein jeder, der in den fraglichen Dingen einigermaßen Bescheid weiss, auch den Apparat in sich fertig zu haben, und daher ist es für ihn eine Kränkung, dass der andere ihn hervorgebracht haben soll, und nicht er selbst. So schleicht sich solchen rein gedanklichen Leistungen gegenüber bei den Fachgenossen leicht ein Neidgefühl in die Beurteilung ein und macht sich in entsprechenden Widerständen gegen die Annahme Luft. Diese Widerstände kleiden sich zunächst

⁸⁾ Wilhelm Ostwald, Grosse Männer — Eine Studie zur Biologie des Genies, Akademische Verlagsgesellschaft Leipzig, 5e Aufl., 1919, S. 368/9.

Vgl. ook in dit verband: Prof. Dr Henri Delacroix, L'inventeur et le Génie, Nouveau Traité de Psychologie, Paris 1939, pag. 486: „L'inventeur concentre en un seul moment un immense potentiel de travail que le cours habituel des choses état laissé anonyme et diffus. Il pousse à l'acte les virtualités latentes.”

„in den Versuch, den neuen Gedanken als wissenschaftlich „unhaltbar nachzuweisen; geht dies nicht mehr an, so nehmen „sie eine passive Beschaffenheit an, und erst wenn der neue „Gedanke offenbare und erhebliche Erfolge erzielt, darf er „auf allgemeine Annahme rechnen, allerdings meist unter der „Behauptung, die Sache wäre nicht neu”.

Daarbij is dan nog te bedenken, dat de van gelukkige invallen levende uitvinder, ja zelfs de klassieke uitvinder, zoo langzamerhand een rariteit is geworden. Van Loon ⁹⁾ heeft er herhaaldelijk op gewezen, dat het uitvinden thans voor het grootste deel is gerationaliseerd en in het groot in zorgvuldig geëquipeerde laboratoria der industriën wordt nagestreefd. De uitvinding is daardoor een product geworden van nauwlettend voorbereiden arbeid; het toevalligheidselement verdwijnt meer en meer. Ook in dit opzicht is er sinds de tijden van Stoffels en Comte belangrijk veel veranderd. Misschien zouden zij, in dezen tijd levende, niet meer met de bovengeschetste voorbeelden argumenteeren. De „eigendom” eener schepping lijkt hooger te waardeeren dan die eigendom, welke uit derivatief verkregen bezit voortvloeit.

Aan het bovenstaande werd meer uitvoerige aandacht besteed, wijl dit oudste in de Nederlandsche taal verschenen geschrift typeerend mag heeten voor veel, wat daarna, tot aan de invoering der geldende octrooiwet, is verschenen. Stoffels was daarbij nog een voorstander der „octrooijen”.

De opinie van een aantal andere schrijvers uit de 18e eeuw ¹⁰⁾ vindt men verkort weergegeven bij Wessel ¹¹⁾. Bijzondere overwegingen, die hier van belang zouden kunnen zijn, worden daarin niet gevonden, zoodat het niet noodzakelijk lijkt, bij deze opvattingen pro en contra langer stil te staan.

⁹⁾ Mr J. van Loon, De beteekenis van octrooien voor de industrie, AE. E. Kluwer, Deventer, 1929, blz. 17 v.v.; Prof. Mr J. van Loon, Het uitvinden als voorwerp van staatszorg en de gevolgen daarvan, Inaug. rede Utrecht, 1932, blz. 6.

¹⁰⁾ E. Star Busmann, Octrooien van uitvinding, Ac. Pr. Groningen 1867; W. J. van Overbeek de Meyer, Eenige opmerkingen over octrooien en octrooiwetten, Ac. Pr. Utrecht 1891; C. D. Salomonson, Neerlands' houding ten opzichte van het internationale recht op de octrooien van uitvinding, Ac. Pr. Amsterdam 1898.

¹¹⁾ Ir. W. Wessel, De begrippen „werkwijze”, „stof” en „voortbrengsel” in het Nederlandsch Octrooirecht, Diss. Delft 1924.

Een der eerste ¹²⁾ meer uitvoerige wetenschappelijke verhandelingen van na de invoering der octrooiwet, is het fraaie werk van Resius ¹³⁾. Hij behandelt de verschillende theoriën, welke aan het octrooierecht ten grondslag zijn gelegd, zeer minutieus en overzichtelijk. Alvorens in te gaan op hetgeen hij over de eigendomstheorie te berde brengt, een opmerking: Resius ¹⁴⁾ meent, dat er verschil zou bestaan tusschen het karakter van het recht en het motief, dat de wetgever tot de regeling van het uitvindersrecht bracht. Dit schijnt niet geheel juist, althans zeker niet voor de eigendomstheorie. Behoort het recht van den uitvinder op zijn uitvinding werkelijk tot de categorie van het eigendomsrecht, dan valt motief en karakter samen in het begrip eigendom.

Waarom Resius de eigendomstheorie verwerpt, komt niet zoo heel duidelijk tot uitdrukking. Als overtuigd aanhanger van de leer van Joseph Kohler over het „Immaterialgüterrecht” streeft hij daar spoedig heen en ziet hij in de eigendomstheorie een te waardeeren voorlooper daarvan. Zonder op de leerstellingen van Kohler te willen vooruitloopen, die later zullen worden behandeld, zij reeds hier gezegd, dat Kohler's theorie toch op zijn zachtst uitgedrukt sterke overeenkomst met de eigendomsleer vertoont. Kohler zegt zelf, dat hij uit de eigendomsleer overnam, wat hij er goed in achtte. Vandaar dat Resius' betoog weinig overtuigend is en er tegen de eigendomstheorie geen principieele bedenkingen worden in het veld gebracht. Hij zegt eigenlijk slechts dit:

Eigendom kan in het onderwerpelijk verband dubbelzinnig zijn. Zegt men eigendom en bedoelt men daarmee een recht van soortgelijke categorie, dan maakt men (z.i.) een systematische fout. Bedoelt men werkelijk eigendom, dan, zoo betoogt hij, past het uitvindersrecht niet in verscheidene bepalingen omtrent den eigendom, die kennelijk enkel zijn geschreven met het oog op lichamelijke zaken.

Dit lijkt een drogreden. Eigendom bestaat naar de positief-rechtelijke regeling ten aanzien van lichamelijke en onlichamelijke

¹²⁾ De „Handleiding bij het gebruik van de Nederlandsche Octrooiwet” van Mr C. D. Salomonson, Haarlem 1910, zij vermeld, doch wordt hier verder buiten beschouwing gelaten. Dit beknopte werkje bevat voor ons doel weinig gegevens.

¹³⁾ Mr J. C. Th. Resius, *Uitvinding, uitvinder en octrooi*, Ac. Pr. Leiden 1913.

¹⁴⁾ Resius, blz. 230.

lijke zaken. Het kan dus geen systematische fout zijn van eigendom te spreken met betrekking tot onlichamelijke zaken. Wanneer men bij Resius leest (blz. 242): *De „immaterieele zaken” vormen van de onlichamelijke zaken slechts een klein onderdeel*, geeft hij daarmee zeer klaarblijkelijk te kennen, dat hij de uitvinding, de uitvindingsgedachte dus, een onlichamelijke zaak acht. Dan is er geen twijfel aan, of het recht daarop is eigendom. Het is dan zeer wel mogelijk, dat er voor die immaterieele zaken een zeer speciale regeling noodig is, wijl het gemeene recht daarvoor niet voldoet, en dat Kohler's theorie daarvoor zeer verhelderend werkt, maar dit doet aan het principe in het geheel niets af. Men kan zich trouwens gereedelijk afvragen, of het onderscheid tusschen onlichamelijke zaken en immaterieele zaken wel reëel is en of dit niet een zuiver woordenspel wordt. Met de vernederlandsching van „Immaterial güter” wordt het er niet overtuigender op. „Onlichamelijk” is rehtens reeds vrij vaag; „immaterieel” schijnt, geleerder gezegd, wel het zelfde te beteekenen.

Men vindt bij Resius in ander verband (blz. 252 v.v.) nog een veel naar voren gebracht bezwaar besproken, n.l.: het eigendomsrecht is onbeperkt van duur, daartegenover is het octrooïrecht beperkt van duur. Deze bedenking is slechts juist, wanneer men enkel let op de regeling van het recht. Eigendomsrecht is inderdaad onbeperkt van duur *geregeld*. Dat het eigendomsrecht in concreto, dus t.a.v. bepaalde zaken, steeds onbeperkt van duur zou zijn, gaat niet op. Bij de verbruikbare zaak gaat de eigendom spoedig door verbruik te niet. De eigenaar van versch vleesch ziet reeds na korten tijd de frischheid van zijn waar verdwijnen. Zoo ook houde men bij het uitvindersrecht wel in het oog, dat dit betreft de *nieuwe* gedachte. Vervluchtigt deze eigenschap, gaat de nieuwe gedachte op in de algemeen menschelijke kennis, dan verdwijnt het object van het recht langzamerhand. De wet fixeert hiervoor een termijn, zoo kan men zeggen. Ook kan men in de eigendomstheorie de beperking in duur verdedigen op gronden aan het algemeen belang ontleend, aan de hand waarvan men toch ook reeds een steeds verder ingrijpen in den eigendom van lichamelijke zaken rechtvaardigt.

Resius ontleent — althans wanneer zijn gedachtengang goed wordt begrepen — aan den beperkten duur van het recht geen

zwaarwichtig argument tegen de eigendomstheorie. Hij bespreekt dit veel meer en passant in een discussie met Moorrees, die kort tevoren in zijn standaardwerk ¹⁶⁾ een pleidooi had geleverd voor den onbeprekten duur van het octrooirecht, juist op grond van de eigendomstheorie, waarvan deze auteur een niet al te beginselvast aanhanger is. Daarom vindt die theorie in dezen auteur geen belangrijken steun; hij spreekt zich zelf te vaak tegen ¹⁶⁾. Moorrees meent, dat aan een onbeprekt octrooirecht niets in den weg zou staan. Hij verwijst daartoe naar jarenlang geconserveerde fabrieksgeheimen t.a.v. bekende producten zooals Chartreuse, Eau de Cologne, Worcestershiresaus, e.dgl. ¹⁷⁾. Aan een dergelijk feitelijk monopolie heeft nooit iemand zich ernstig gestoord. Integendeel men zoekt immers de „echte” producten. Voorts meent hij, dat een uitvinding toch meestal snel veroudert, door nieuwere vindingen overvleugeld wordt en zoo uiteindelijk zijn belang verliest en vervaagt. Dit is duidelijk met elkaar in strijd, zoodat wij hieraan geen verdere aandacht behoeven te schenken.

Aan het bovenstaande wordt slechts weinig toegevoegd door de in 1916 verschenen studie van A. B. C. Triebels, „Over den invloed der theoriën betreffende het rechtskarakter van het octrooi, op de ontwikkeling van het octrooirecht”. De eigendomsleer wordt door Triebels slechts terloops besproken in zijn inleidende beschouwingen over het ontstaan van het Fransche octrooirecht. Hij is er een tegenstander van en acht haar met de Fransche doctrine verdrongen. Verder geeft dit geschrift niet datgene, hetgeen men ingevolge den titel zou mogen verwachten. De auteur stelt tegenover elkaar de Angel-Saksische en de Deutsche opvattingen, de contractstheorie en de leer van het Immaterialgüterrecht. Hij ziet in deze Engelsche en Deutsche opvattingen voorloopers van ons recht. Daargelaten in hoeverre dit juist is, gezien ook het resultaat van Triebels' studie, blijkt die tegenstelling niet tot een goede oplossing te leiden. In utiliteitsmotieven zoekt hij tenslotte

¹⁶⁾ Ir W. Moorrees, Het octrooirecht, 3 dln., 1912/13.

¹⁶⁾ Vgl. bijv. tegenover elkaar I, blz. 248 en II, blz. 13 en 53. Ook in het tweede deel treft men nog meerdere passages aan, die met de eigendomsleer moeilijk zijn te rijmen.

¹⁷⁾ Moorrees I, blz. 249 v.v.

den grondslag. Voor de eigendomsleer biedt Triebels bepaaldelijk niets belangwekkends.

Van veel gewicht is daarentegen voor ons doel het in 1922/24 uitgegeven handboek van Prof. Mr W. H. Drucker. Dit standaardwerk, waarvan men zonder overdrijving kan zeggen, dat het gedurende geruimen tijd het Nederlandsche Octrooi-recht op welhaast ieder punt heeft beheerscht, behandelt in korte trekken, doch op zeer gedegen wijze de „motiveering van het octrooirecht” ¹⁸⁾. Drucker is geen voorstander der eigendomsleer qua talis. Derhalve vindt men ook bij hem, evenals wij boven bij Resius signaleerden, vooreerst onderscheid gemaakt tusschen rechtskarakter en rechtsgrond. De natuurrechtelijke eigendomsleer wordt zonder meer verworpen, want: „dergelijke regels van algemeene gelding, thuisbehoorend in een natuurrechtelijke beschouwing, kunnen door ons niet meer worden aanvaard”. Meer gevoelt hij voor de opvatting, het octrooirecht analogice aan den eigendom te behandelen. Al wordt dit ook niet een geheel voldoende rechtsgrond voor het octrooi genoemd ¹⁹⁾ en al worden ten slotte utiliteitsoverwegingen meer op den voorgrond gebracht, toch wordt opgemerkt: „Waarom niet toegeven, dat de erkenning van het recht van den uitvinder ons rechtvaardigheidsgevoel bevredigt?” ²⁰⁾, hetgeen een erkenning vormt van het feit, dat het uitvindersrecht uit algemeene rechtsbeginselen voortvloeit.

Tegen de analogische eigendomsleer noemt Drucker nog een tweetal bezwaren: Vooreerst zou deze leer onverklaard laten, waarom het octrooirecht beperkt moet blijven tot de practische resultaten op het gebied der nijverheid, en dan zou met deze leer nog moeilijk te rijmen zijn, dat van twee zelfstandige uitvinders er slechts één octrooi kan verwerven.

¹⁸⁾ Drucker, Handboek § 9, blz. 49 t.m. 61.

¹⁹⁾ Drucker, Handboek, blz. 51: „De opvatting wordt minder ver strekkend maar „meer houdbaar, voor zoover zij zich baseert op de analogie met andere meer algemeene en van ouds erkende rechtsbeginselen, als de regel neergelegd in art. 661 B.W. „Wel is waar is men dan niet tot den laatsten grondslag van het recht doorgedrongen, „maar de jurist, die het octrooirecht behandelt, kan op dit punt zijn taak als afge- „loopen beschouwen; op deze wijze geformuleerd ligt in de opvatting een element „van waarheid”.

²⁰⁾ Drucker, Handboek, blz. 59/60. Is dit niet een beroep op het natuurrecht, dat Drucker zoeven nadrukkelijk verwierp?

Drucker's eerste bezwaar is voorzeker niet gerechtvaardigd. Onder een uitvinding verstaat men nu eenmaal een nieuwe gedachte, die een praktische vooruitgang brengt op het gebied der nijverheid — nijverheid genomen in ruimen zin —; wat buiten dit gebied ligt, vindt hier eerstens geen behandeling, doch verder kan aan al of niet regeling buiten dit gebied toch nimmer een argument worden ontleend tegen eigendom van uitvindingen. Men kan een tegenstander zijn van zuiver wetenschappelijken eigendom en een voorstander van octrooirecht.

Drucker's tweede bedenking is ontleend aan de feitelijke regeling van het octrooirecht ten onzent. Naast de figuur, die hij noemt van de meerdere zelfstandige uitvinders, waarvan slechts één aanspraak kan maken op octrooi, te weten de eerste aanvrager, zou men tegen de eigendomsleer nog andere praktische gevallen uit de wet kunnen tegenhouden, zooals de nietigverklaring, de dwanglicentie's, de taxebetalingen en ook het voorgebruik.

Als argumenten tegen de eigendomstheorie zijn al deze figuren, evenals de voorheen besproken tijdelijkheid van het recht, positiefrechtelijk steekhoudend. Analogice kunnen zij, met uitzondering van het voorgebruiksrecht, met meer of minder moeite wel worden weerlegd. De jaartaxen en de dwanglicentie's kunnen dan de kern van de zaak niet raken. Jaartaxen mogen worden beschouwd als een speciale belasting; de dwanglicentie's als gedeeltelijke onteigening. Nietigverklaring is een bij eigendom onbekenden term. Afgezien van den term, kan hier de analogie met art. 2014, sub 2, B.W. dienen. Van grooter belang zijn de figuren van meerdere zelfstandige uitvinders en de voorgebruikers, welke laatste zich niet eens behoeven te realiseeren, dat zij een uitvinding onder zich hebben. Deze figuren raken direct de kern. Toch is het geval van meerdere zelfstandige uitvinders met de eigendomsleer wel te rijmen. Het bezit van een uitvinding, daarover bestaat geen meningsverschil, wordt langs originairen weg verkregen. Nu is het bij origineire verkrijging, ook bij stoffelijke zaken, immer mogelijk, dat meerdere personen met de zaak op de hoogte zijn en de intentie hebben, deze onder zich te brengen. Voor die gevallen kan men een keuze maken uit twee mogelijkheden voor een regeling. Men kan aan hem, die het eerst de zaak aantrof, de zaak vond, het eigendomsrecht toekennen. Voor het octrooirecht bestaat

die regeling in de angel-saksische landen, waar men dus met de hier besproken moeilijkheid niet heeft te kampen. Men kan echter voor de eigendomsverkrijging méér eischen dan enkel het aantreffen of vinden der zaak, dan de enkele daad van inbezitneming, uiteraard met den wil daartoe. Een stap verder is deze, dat men de inbezitneming bindt aan het formeel vereischte van een akte, dus, dat men het bezit te boek laat zetten. Dat daarbij de eerste aanvrager voorgaat boven alle anderen is een uitvloeisel van het aloude „qui prior tempore, potior jure”. Zoo gezien is het vraagstuk der meerdere zelfstandige uitvinders, waarvan er slechts één octrooi kan verwerven, terug te brengen tot een formeele regeling, dewelke uiteraard geen bezwaar kan zijn tegen de analogische theorie van eigendomsrecht op uitvindingen.

Veel minder eenvoudig is de voorgebruiker in de eigendomsleer te passen. Van een poging daartoe werd ook bij geen der geraadpleegde schrijvers iets gevonden. Met de regeling omtrent den eigendom van stoffelijke zaken vindt men geen geschikt aanrakingspunt.

Bij het voorgebruiksrecht moet worden gelet op het bijzondere karakter van het object van het octrooirecht, i.e. de uitvinding. Dit bijzondere karakter van het object culmineert in de eigenschap, dat tegelijkertijd meerderen de uitvinding in hun bezit kunnen hebben. Het bezit der uitvinding wordt verkregen door occupatie of door specificatie. Wil aan het bezit der uitvinding eenige bescherming geworden, dan behoeft dit op eenigerlei wijze een vaststelling, een omlijning, zulks vooral dan, wanneer er tegelijkertijd meerdere bezitters der uitvinding zijn. Hij, die zijn recht te boek laat zetten door een octrooiaanvraag, verwerft de meest volkomen bescherming. Maar ook hij, die zijn bezit der uitvinding heeft vastgelegd door een toepassingshandeling, vindt inzooverre bescherming, dat het uitsluitend recht van den octrooihouder-uitvinder tegenover hem niet kan worden geldend gemaakt.

Het voorgebruiksrecht past aldus niet in de eigendomsleer. Een zwaarwichtige bedenking tegen de juistheid der eigendomsleer voor uitvindingen valt daaruit niet te putten. Het voorgebruiksrecht is immers een gevolg enkel van onze wettelijke regeling (Anmelderprinzip); in het angel-saksische systeem komt het, gelijk wij zagen, niet voor.

Drucker deed in 1929 nog verschijnen zijn „Kort begrip van het recht van den industrieelen eigendom”. Er wordt wel gemeend ²¹⁾ dat Drucker in dit werk meer tot de eigendomstheorie overhelt, waar hij zegt, dat de motiveering van het individueele eigendomsrecht en van het individueele recht op de uitvinding uiteindelijk op hetzelfde neerkomt, n.l. op de verwachting van den wetgever, dat de algemeene welvaart daar het beste mede is gediend. Het is echter de vraag, of aan een korte opmerking in een beknopt werkje wel die beteekenis is te hechten.

Nog tijdens het verschijnen van Drucker's hoofdwerk publiceerde Hermesdorf een studie ²²⁾, waarin hij zich een voorstander van de eigendomsleer toont. Deze studie is meer rechtsphilosophisch dan positiefrechtelijk getint. Op deze zijde van het vraagstuk zullen wij verder niet ingaan.

Voortgaande met de literatuur over ons onderwerp komen wij aan De Haan ²³⁾, die evenwel in zijn aantekeningen de rechtsgrond van het octrooirecht onbesproken laat. De laatste auteur, Telders ²⁴⁾, maakt in zijn werk slechts op zeer oppervlakkige wijze gewag van het vraagstuk. Hij is een tegenstander van de eigendomsleer, waartoe hij zich aansluit bij Drucker.

De vakliteratuur ²⁵⁾ biedt, zooals uit het bovenstaande is gebleken, het beeld van verscheidenheid van opvatting t.a.v.

²¹⁾ Vgl. Mr. A. C. W. Beerman, Praeadvies Ned. Jur. Ver. 1941, blz. 89.

²²⁾ Mr B. H. D. Hermesdorf, „Wetenschappelijke Eigendom” in Rechtsgeleerd Magazijn 42-(1923)-411/428. Het artikel is gewijd aan een bespreking van het Fransche ontwerp van Barthélémy tot bescherming van de „propriété scientifique” van 1922. Hermesdorf gaat in op de rechtsphilosophische grondslagen, welke aan den eigendom ten grondslag liggen en acht deze gelijkelijk toepasselijk op den „wetenschappelijken eigendom”. Het ontstaan daarvan ziet Hermesdorf als specificatio, middelrijke vrucht van arbeid. De wetenschappelijke eigendom is beperkt tot een recht op de provenu der gedachte in den vorm van een aandeel in de winst, die daarmede door bedrijven wordt gemaakt.

²³⁾ Mr Ir C. J. de Haan, Octrooi- en Merkenwetten, Supplement op Deel I, aflevering 15 van Léon's Rechtspraak, 1936.

²⁴⁾ Prof. Mr B. M. Telders, Nederlandsch Octrooirecht, Handboek voor de practijk, 1938.

²⁵⁾ Te dezer plaatse moet nog iets worden gezegd over de opvattingen in de algemeene handboeken over burgerlijk recht. De oudere, Diephuis en Opzoomer, behandelen het vraagstuk niet, dat immers vóór 1910 hier te lande weinig actueel was. Land (1901) III, 12, acht de onderscheiding van art. 556 B.W. onjuist, daar de onlichamelijke zaken even weinig met de lichamelijke zaken vergelijkbaar zijn, als de rechts-

de eigendomstheorie. Ook buiten den engeren kring der octrooi-literatuur vindt men dit punt besproken. Een enkele auteur zij hier slechts, vanwege de hoog noodige beperking, besproken. De Goey ²⁰⁾ geeft bij zijn wijsgeerige grondbegrippen t.a.v. den eigendom, een aanhangsel betreffende den intellectueelen eigendom. Hij postuleert, dat eigendom enkel kan bestaan met betrekking tot stoffelijke goederen en het zou volgens dit axioma dus niet mogelijk zijn op het onstoffelijke, g e e s t e l i j k e goed eigendomsrecht te vestigen. Het geestelijke goed behoort z.i. volgens zijn wezen op den kandelaar, „opdat het strale voor eenieder”. Daargelaten wat men van een dergelijk aprioristisch betoog moet houden, zij opgemerkt, dat men bij vraagstukken als deze wel in het oog moet houden, dat er verschil bestaat tusschen Intellectueelen Eigendom en Industrieelen Eigendom. Het eerste begrip is ruimer, zoodat niet alles wat daarvoor geldt, ook voor het bijzondere geval van den industrieelen eigendom, dus voor uitvindingen, behoeft te gelden. Dit springt duidelijk in het oog, wanneer men bij De Goey leest: „Wie een stoffelijk goed aan een ander overdraagt, is dat goed kwijt; anders is het echter gesteld met dengene, die een geestelijk goed mededeelt: een leeraar wordt toch niet dommer, doordat hij kennis aan anderen mededeelt!”. Hier is De Goey gedeeltelijk uit zijn onderwerp ontspoord. Het moge waar zijn, dat een leeraar niet noodwendig dommer behoeft te worden van zijn leerstellingen, maar daar gaat het niet om; het gaat immers

persoon met den natuurlijke persoon. Het object van het auteursrecht wordt om niet nader aangeduide redenen geen zaak genoemd. Ook onder de moderne schrijvers is wel de heerschende opvatting, dat een onlichamelijke zaak geen zaak in den eigenlijken zin is, zoodat daarop geen eigendom mogelijk is. Scholten zegt in zijn bewerking van Asser's Zakenrecht, 7e dr. 1933, blz. 2, dat er geen bezwaar tegen bestaat om van intellectueelen eigendom te spreken, mits men daarbij wel in het oog houdt, dat dit recht door den aard van zijn object wordt bepaald. Suyling, Het Zakenrecht, 1940, zegt wat betreft het lichamelijk karakter der zaken op blz. 35, Nr. 31: „Met het vereischte der stoffelijkheid wordt het in het dagelijksch leven „niet zoo nauw genomen. Een zaak behoeft niet uit stoffelijke elementen, uit moleculen te zijn opgebouwd, om voor lichamen te gelden. Ook krachten als electriciteit en warmte worden voor een zaak gehouden, mits zij maar zoo gelokaliseerd „zijn, dat men daarin een van de overige buitenwereld afgescheiden geheel ziet”.

²⁰⁾ Ir Hans de Goey, „Eigendom” naar voordrachten van Mag. Alb. C. Doodkorte O. P., Nr 5 der serie Wijsgeerige Grondbegrippen, J. J. Romen en Zoon, Roermond-Maaseik, ongedateerd, blz. 53/54.

om eigendom, dus of hij er *armer* van zal worden. Dit is bij den leeraar, ook bij het domste betoog, juist niet het geval, doch reeds vele uitvinders, die een goed idee bezaten, betreurden hun loslippigheid. Het overgrootste deel — en dit is een verder verschilpunt — van hetgeen wordt geleeraard, kan men ook anders dan uit des leeraars mond gewaar worden. Het zijn geen nieuwe gedachten en zij zijn gemeenlijk niet op de stoffelijke voortbrenging gericht. Wie echter een *n i e u w e* gedachte prijs geeft, verliest de macht daarover evenzeer, is dat goed evenzeer kwijt, als hij, die een stoffelijk goed aan een ander overdraagt. Wij zullen De Goey niet verder volgen. Zijn grondbegrippen zijn „stellig” en weinig doordacht. Een enkel woord nog over hetgeen hij zegt over het octrooirecht, waar hij opmerkt, dat dit niet „per se onzedelijk is”. Ja, wie heeft het tegendeel ooit betoogd? ²⁷⁾

Dat onze octrooiwet bij haar ontstaan op de eigendomstheorie is gebaseerd, zal niet licht worden beweerd. Daarvoor doet de wordingsgeschiedenis te veel van andere motieven blijken. Wel heeft zij er een niet onbelangrijke rol bij gespeeld. Alreeds de Memorie van Toelichting ²⁸⁾ vermeldt haar en in de Kamerstukken vond zij omstandige behandeling. Echter niet steeds in voor haar gunstigen zin. De eigendomstheorie als zoodanig wordt herhaaldelijk door vele afgevaardigden en groepen van Kamerleden nadrukkelijk veroordeeld. Anderzijds ziet men echter ook een beroep gedaan op „algemeene rechtsbeginselen”, „rechtvaardigheidsgedachte”, „onrechtmatige verrijking” e.dgl. vage begrippen, om de noodzakelijkheid van octrooibescherming en het goed recht van den uitvinder aan te toonen. Omtrent een juridisch aannemelijken grondslag heeft men zich niet druk gemaakt en het geheel biedt het beeld van een groote verwarring. Velerlei opvattingen, die betrekkelijk slecht van elkaar zijn te onderscheiden en vaak een nuance van elkaar verschillen, deden opgeld. De regeering gaf zich geen moeite

²⁷⁾ Voor wie mogelijk op religieuze gronden het octrooirecht zou willen aantasten, zij verwezen naar het simpele feit, dat bijv. de oude Kerkelijke Staat octrooirecht heeft gekend: Wet van 3 September 1833. Voor de huidige Vaticaanse Staat geldt het Italiaansche Octrooirecht, zie Grondwet Vaticaanstad van 7 Juni 1929, Art. 20, sub c., 3e., te vinden in *La Propriété Industrielle* 47-(1931)-166.

²⁸⁾ Blz. 4.

hier eenheid in te brengen. Kennelijk zat de bedoeling voor, de wet er door te brengen, zoodat de regeeringscommissaris ieder op zijne wijze liet redeneeren. Overziet men het geheel globaliter, dan kan men wel zeggen, dat de rechtvaardigheids-gedachte op den voorgrond stond, gesteund door elders te bespreken overwegingen van nijverheidsbelang.

In de buitenlandsche doctrine vindt men den zelfden strijd om de eigendomsleer terug. Verwondering behoeft dit niet te wekken, daar de meeste Nederlandsche auteurs, en ook de ontwerpers der wet, nauwgezet de in het buitenland ontwikkelde theoriën hebben bestudeerd. De Fransche literatuur gaat hier voorop. De geschiedenis van het Fransche octrooirecht biedt, meer dan die van eenig ander land, belangwekkende en interessante gezichtspunten op de eigendomstheorie.

Alvorens hiermede aan te vangen nog een woord vooraf. Bij de bestudeering van een vraagstuk als het onderwerpelijke, doet zich de moeilijkheid voor, dat men bij welhaast iederen auteur gemakkelijk citaten kan vinden, welke duidelijk voor de eigendomstheorie spreken, terwijl toch de schrijver expressis verbis verklaart, er een tegenstander van te zijn. Dit vindt zijn oorzaak in het feit, dat de keuze van nauwkeurige bondige termen vaak moeilijk is, om de in de inleidende regelen vermelde reden. Vandaar dat zooveel mogelijk werd getracht, slechts typische citaten te geven, die met de strekking van het besproken werk overeenkomen. Voorts werden, om reden van noodzakelijke beperking, voor ieder land slechts enkele van de bekendste werken ter sprake gebracht, waarbij de uiteenzettingen, na de meer uitvoerige bespreking der Nederlandsche literatuur, zeer bekort worden gehouden.

Frankrijk. Leest men de préambule van de Fransche wet van 7 Jan. 1791:

„Louis etc.

„L'assemblée nationale, considérant que toute idée nouvelle, „dont la manifestation ou le développement peut devenir utile „à la société, appartient primitivement à celui qui l'a conçue „et que ce serait attaquer les droits de l'homme dans leur „essence, que de ne pas regarder une découverte industrielle „comme la propriété de son auteur; considérant, en même temps, „combien le défaut d'une déclaration positive et authentique

„de cette vérité peut avoir contribué jusqu'à présent à découvrir l'industrie française”, dan behoeft men er niet aan te twifelen, of deze wet stond op het standpunt der eigendomsleer. Evenwel, de aanmoediging der industrie volgt in een adem, blijkbaar als loffelijke verklaring voor het feit, dat deze vorm van eigendom eerst zooeven was ontdekt.

Veel behoeft men hieraan niet toe te voegen. De wet gaat uit van het standpunt, dat geen menschelijke heerschappij, dat geen menschelijk bezit, volmaakter in zich is, dan hetwelk de mensch uitoefent over zijn gedachten. Een stelling, die zeer zeker niet voor betwisting vatbaar is. Of daaraan rechtens beteekenis moet worden toegekend, is een andere vraag.

Merkwaardig is deze wet zeer zeker in den tijd van haar ontstaan. Zij heeft de Fransche revolutie zelfs overleefd, en ook ten onzent gegolden sinds 1810. Nog merkwaardiger is intusschen het feit, dat kort daarop de wet geheel is gewijzigd en vervangen door een andere, waarbij het grondlegend principe volkomen werd verlaten. De nog van kracht zijnde — inmiddels herhaaldelijk gewijzigde — wet van 5 Juli 1844 regelde de materie opnieuw, en bevat niet meer de eigendoms-tirade. Die leer is verlaten. Daarvoor in de plaats is ook niet uitdrukkelijk een andere gekomen. Veelmeer was men gaan inzien, dat de wet moet zijn „une transaction nécessaire entre les principes et les intérêts, le règlement le plus équitable entre les droits respectifs”.

Deze ommezwaai in de wetgeving houdt velen terug van aanvaarding der eigendomsleer. Een zoo nadrukkelijke verwerping gewerd geen andere leer. De schrijvers huldigen meestal de contractsleer. Aarzelend Allart ²⁹⁾, duidelijker Pouillet ³⁰⁾, zeer nadrukkelijk Casalonga ³¹⁾.

De contractstheorie ziet in het octrooi een contract door den uitvinder aangegaan met den Staat. Eenerzijds geeft de uitvinder zijn geheim prijs, anderzijds verschaft de Staat den uitvinder voor een bepaalden tijd een uitsluitend recht op de geopenbaarde uitvinding. Deze theorie wordt een uitvloeisel

²⁹⁾ Henri Allart, *Traité théorique et pratique de la contrefaçon, marques, dessins et modèles, propriété littéraire et artistique*, 3e ed., Paris 1911.

³⁰⁾ Eugène Pouillet, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, 6e ed. door Taillefer et Claro, Paris 1915.

³¹⁾ Alain Casalonga, *Traité de la brevetabilité*, Paris 1939.

geacht van de leer van Jean Jacques Rousseau, die in zijn werk „Du contrat social” (1762) alle rechtsverhoudingen uit overeenkomst tracht te verklaren. Ook buiten Frankrijk telt deze leer vele aanhangers, vooral in de Vereenigde Staten van Noord-Amerika. Anderen daarentegen beschouwen haar als verouderd, of als in wezen onjuist. Intusschen heeft zij voordeelen, met name dit, dat zij misschien op de meest eenvoudige en juiste wijze weergeeft, wat de uitvinders (de industrie) practisch tot het aanvragen van octrooi beweegt en welke overwegingen daaraan voorafgaan. In de practijk treft men dikwerf een afwijken van het nadeel, verbonden aan geheele of gedeeltelijke publicatie, en het voordeel van de te verkrijgen bescherming, welker omvang wordt beoordeeld naar de mate van min of meer volledige publicatie. Dat de contractsleer ten onzent geen aanhangers vond, moge worden geweten aan den geringen weerklank, dien Rousseau's staatsrechtelijke opvattingen hier hebben ontmoet ³²⁾.

Bij Renouard ³³⁾ vindt men nog opmerkelijke beschouwingen over de eigendomstheorie. Ook hij is daar geen voorstander van. Eerder heeft men in hem te zien den grondlegger van de zgn. loontheorie, volgens welke het octrooi, d.i. het uitsluitend recht, het loon, of beter de belooning, vormt voor de door den uitvinder aan de gemeenschap bewezen dienst. De loontheorie staat dicht bij de privilegiëentheorie. Immers, zooals Resius ³⁴⁾ terecht opmerkt, een belooning is een daad van genade en de uitvinder vraagt niet om een gunst, hij eischt zijn recht ³⁵⁾.

Beraadslagingen Unie van Parijs. Dat de eigendomsleer toch niet geheel dood was, ook niet in Frankrijk, blijkt duidelijk

³²⁾ Tegen de contractstheorie wordt aangevoerd de historische onjuistheid en het ontbreken van de vrije toestemming der partijen. Er is hier echter in het bijzonder nog dit bezwaar tegen, dat ze onverklaard laat den aard van het recht, dat de uitvinder vóór de afsluiting van het fictieve contract over de uitvinding uitoefent.

³³⁾ Augustin-Charles Renouard, *Traité des Brevets d'invention*, 3me ed., Paris 1865.

³⁴⁾ Resius, blz. 230.

³⁵⁾ Opmerkelijk is ook, dat het zgn. „loon” door den Staat niet uit eigen beurs wordt verstrekt, doch gaat ten koste van de concurrenten van den uitvinder. Van „loon” in eigenlijken zin is uiteraard geen sprake; daarvoor zou immers eerst weer een contract noodig zijn. De term „belooning” vindt men in de practijk vaak gebezigd; vgl. ook Telders, *Handboek*, blz. 2 en 78 e.a.

indien men volgt de besprekingen in de congressen en conferenties, welke aan het Unieverdrag van 1883 zijn voorafgegaan. Nadat reeds op het Congres van Weenen — gehouden ter gelegenheid van de Wereldtentoonstelling aldaar, van 4—9 Augustus 1873 — tijdens een uitvoerige discussie omtrent den rechtsgrondslag van het octrooi, o.a. Dr. Rosas³⁶⁾ de eigendomsleer met klem verdedigde³⁷⁾, vindt men gedurende het eerste Parijsche Congres van 5-17 September 1878 — wederom gehouden ter gelegenheid van de Wereldtentoonstelling — een motie aangenomen over de natuur van het uitvindersrecht, luidende:

„Le droit des inventeurs et des auteurs industriels sur leurs oeuvres ou des fabricants sur leurs marques est un droit de propriété. La loi civile ne le crée pas; elle ne fait que le réglementer”³⁸⁾.

Hoewel de motie niet zonder strijd is aangenomen, kan men toch niet zeggen, dat tegen de eigendomsleer heftigen tegenstand werd geboden. Door niemand minder dan door den bekenden franschen rechtsgeleerde C. Lyon-Caen werd voorts bij de discussies over de dwanglicenties bij niet-exploitatie van het octrooi, heftig verweer gevoerd tegen deze licenties³⁹⁾, juist op grond van de eigendomstheorie voor het octrooi.

De conferenties in Parijs van 4—20 November 1880 en 6—20 Maart 1883, welke tenslotte tot de Conventie hebben geleid, hielden zich meer bezig met het bereiken van een practisch Unieverdrag, dan wel met theoretische vragen. Intusschen werd toch de eerste conferentie door den eerevoorzitter, den Minister van Landbouw Barthélémy Saint-Hilaire, geopend met een rede, waarin men de volgende passage aantreft⁴⁰⁾:

³⁶⁾ Zie het résumé opgenomen bij Moorrees II, blz. 60.

³⁷⁾ Vgl. ook de opmerking van den Amerikaanschen Commissioner of Patents, J. M. Thacher, die, op het congres aanwezig, zeide: „He has made it himself. If he keeps it to himself it is entirely and solely in his possession. No man can take it away, no process of law can extort it from him. He has a stronger and more valid right to it, based on possession than even to his landed estates”. Official Gazette of the United States' Patent Office 4-(1873)-419.

³⁸⁾ Moorrees II, blz. 72.

³⁹⁾ Moorrees II, blz. 80.

⁴⁰⁾ Moorrees II, blz. 100.

Saint-Hilaire spreekt hier slechts van „*propriété sous une des formes ou il se présente à la justice*”. Hij heeft het dus klaarblijkelijk niet over eigendom in positiefrechtelijken zin, althans laat hij de deur voor een andere opvatting zeer ver open.

„Affermir le grand principe de la propriété, sous une des formes où il se présente à la justice et à la sagesse des législateurs; est une oeuvre digne de vos méditations les plus sérieuses et les plus bienfaisantes; car malheureusement il est encore quelques esprits malades qui contestent audacieusement ce principe, fondement essentiel de toute société. Pour votre part, vous réfuterez, par une démonstration pratique, des doctrines fausses qui peuvent trop aisément devenir criminelles; et vous rendrez un immense service à toutes les nations que vous représentez, en donnant à la propriété, sous la forme qu'elle revêt dans l'industrie, les garanties solides qui lui sont dues longtemps, et dont elle vous gardera une durable reconnaissance”.

Niettemin bevat de préambule der Parijsche Conventie een verklaring van andere strekking: daarin komen naast overwegingen ontleend aan het rechtvaardigheidsbewustzijn ook overwegingen van practische nijverheidspolitiek tot uitdrukking.

Duitschland. De literatuur van dit land is van groot belang wegens de diepgaande en uitvoerige studien daar verricht omtrent het rechtskarakter van het octrooirecht. Naast Joseph Kohler, den grondlegger van de *Immaterialgüterrechtslehre*, staat hier van Otto von Gierke, wiens leer van de *Persönlichkeitsrechte* ook in het buitenland weerklink heeft gevonden. Deze beide theoriën zijn voor het begrip van het rechtskarakter van het octrooi van veel gewicht, zoodat zij een korte behandeling vereischen.

Joseph Kohler ontwikkelde zijn leer in een klassiek geworden verhandeling, opgenomen in de *Badische Annalen* 41-(1875)-100, daarna uitvoerig verdedigd in zijn in 1878 verschenen werk: *Das Deutsche Patentrecht*. Kohler verwerpt de eigendoms-theorie (geistiges Eigentum), wijl hij deze een juridische constructie acht, zonder eenige waarde voor de practijk, daar immers de eigendomsregels zijn geschreven voor lichamelijke zaken. Hij erkent echter, dat er in de eigendomsleer veel goeds schuilt. Zij behoeft slechts een omvorming voor de onstoffelijke zaken: „sie war ein bedeutsames Durchbruchselement; eine Stütze der Urheberrechts in Zeiten, wo es diesem an der gesetzlichen Grundlage fehlte” ⁴¹⁾. Met eigendom heeft het Urheberrecht

⁴¹⁾ Joseph Kohler, *Handbuch des deutschen Patentrechts*, Mannheim 1900, blz. 55. Een soortgelijke theorie als die van Kohler treft men aan bij Edm. Picard, *Des Droits Intellectuels*, Brussel 1879.

gemeen, dat de relaties van subject tot object dezelfde zijn, beide geven een absoluut uitsluitend recht; echter is deze relatie subject/object toch bij het Urheberrecht weer particulier tegenover het eigendomsrecht, want: „Die rechtsphilosophische Begründung des Erfinderrechts wie des gesamten Urheberrechts liegt in dem Verhältniss des Schöpfers zu dem Geschaffenen” ⁴²⁾. Anders dan bij stoffelijke zaken blijft er immers steeds een band bestaan tusschen den schepper, den uitvinder, en het geschapene, de uitvinding. Vervreemdt iemand een zaak, dan valt iedere relatie weg; vervreemdt iemand zijn uitvinding, dan blijft de scheppersrelatie bestaan. Afgezien van meer ideëele overwegingen wordt dit nog geadstrueerd door het feit, dat de uitvinder zijn gedachte niet uit zijn hoofd kan bannen. Hij behoudt steeds ook het bezit der uitvinding. Dit laatste leidt tot het kenmerkende onderscheid met het eigendomsrecht: het verschil in object. In het onderscheidenlijk behandelen van het rechtsobject is het kernpunt van de leer van het „Immaterialgüterrecht” gelegen. De uitvinding is een zelfstandig geworden „Wirkung” van het individu, welke zich daarvan heeft afgescheiden. De afscheiding heeft plaats door overdracht, hetgeen hier niet beteekent overgang van de feitelijke heerschappij, doch het ontstaan, naast de oorspronkelijke, van een nieuwe heerschappij. Die overgang kan zijn een vrijwillige; zij kan evenwel ook tegen den wil van den *Urheber* geschieden. In het laatste geval blijkt treffend het onderscheid met den eigendom over stoffelijke zaken, bij welke de rei vindicatio uitkomst kan brengen, terwijl deze ondenkbaar is bij ontleening van een denkbeeld. Het bijzondere karakter van het *Immaterialgut* ziet Kohler met name in de eigenschap der gedachte, welke steeds een tendens heeft om gemeengoed te worden, doordat steeds bij iedere overdracht een nieuwe heerschappij ontstaat, hetgeen, voortschrijdend, tot algemeene wetenschap leidt. Dit impliceert de tijdelijkheid van het absolute recht. Hier ontmoet de theorie van Kohler ook zijn criticus Wirth ⁴³⁾, die de tijdelijkheid meer zoekt in het feit, dat de uitvinding na korteren of langeren tijd toch door een ander

⁴²⁾ Kohler, Handbuch, blz. 1.

⁴³⁾ Dr Richard Wirth, Zur Konstruktion der Zeitbeschränkung des Patents, G.R.U.R. 4-(1899)-311.

zou worden gedaan. Tegen Kohler voert Wirth aan, dat deze wel de beperking van het recht in den tijd aannemelijk maakt, doch niet de grootte daarvan. Een uitvinding, zegt Wirth dan, is een kind van zijn tijd. De verdienste van den uitvinder schuilt daarin, dat hij met zijn gedachten anderen voor is. De duur van het recht ware dus te bepalen naar de mate, waarin de uitvinder gemiddeld zijn tijd vooruit is. Het merkwaardige is, dat Kohler en Wirth elkaar over en weer verwijten zich aan „Konstruktion” schuldig te maken, terwijl Kohler's bezwaar tegen de eigendomstheorie qua talis, in wezen ook hierop neerkomt, dat hij deze een constructie acht ⁴⁴⁾.

Van geheel anderen aard is Gierke's leer. Kohler's leer is nog half-zakenrechtelijk, het is een analogische eigendomsleer. Gierke ⁴⁵⁾ zoekt de grondslag daarentegen meer in de richting van een absoluut persoonlijk recht, een persoonlijkheidsrecht.

De theorie van Gierke over de „Persönlichkeitsrechte” is eigenlijk niet zoozeer een theorie, dan wel een nieuwe indeeling in het rechtsschema, Tusschen het personenrecht eenerzijds en het vermogensrecht anderzijds, in de oude onderscheiding, komt een nieuwe categorie, die der „Persönlichkeitsrechte”. Wat is hier onder te verstaan? Von Gierke zegt (pag. 702): „Begriff. *Persönlichkeitsrechte* nennen wir Rechte, die ihrem Subjekte die Herrschaft über einen Bestandtheil der eignen Persönlichkeitssphäre gewährleisten. Mit diesem Namen werden sie als *Rechte an der eignen Person* gekennzeichnet und somit durch den Hinweis auf die Besonderheit ihres Objectes von allen anderen Rechten unterschieden”. Verder (pag. 705) omschrijft hij het wezen: „Wesen. Vermöge der Bestimmung ihres Objectes durch Heraushebung eines Bestandtheiles der eignen Persönlichkeitssphäre bilden die Persönlichkeitsrechte in gleicher Weise, wie die dinglichen Rechte, die Forderungsrechte oder die Familienrechte, eine durch gemein-

⁴⁴⁾ Op de theorie van Kohler kan verder niet worden ingegaan. Slechts moet er nog op worden gewezen, dat Kohler, naar hij zelf zegt, veel volgens hem bruikbare figuren uit de eigendomstheorie heeft overgenomen. Zoo beschouwt hij het immaterieele rechtsgoed — „die abgeschiedene Wirkung einer Person” — zoo al niet als een goed, als een zaak in den gebruikelijken zin, dan toch anderzijds bij herhaling als een zaak in analogischen zin. Zoo is er sprake van overdraagbaarheid en zelfs localiseert hij de uitvinding op een bepaalde plaats!

⁴⁵⁾ Otto von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 1895, I, blz. 702 v.v.

same Merkmale ausgezeichnete Gattung von Rechten." De „Persönlichkeitsrechte" omvatten naast de rechten op Geisteserzeugnisse — Urheberrecht und Erfinderrecht —, nog de rechten op Leib und Leben, Freiheit, Ehre, Besondere Zustände, Bethätigung, Namen und Zeichen. Wij kunnen over deze theorie kort zijn. Zij is typisch „geleerd", zonder eenig aanknoopingspunt met het positieve recht, althans zeker zonder eenig aanknoopingspunt met ons positief recht. Ook in Duitschland schijnt dit overigens te wenschen over te laten, althans Von Gierke zeide in een nuchter oogenblik (pag. 704): „Vieles freilich ist hier noch im Werden. Darum sind die Grenzen zwischen den besonderen Persönlichkeitsrechten und dem allgemeinen Rechte der Persönlichkeit zum Theil fliessend und unsicher". Sinds 1895 schijnt dit er, voorzeker bij ons, nog niet beter op te zijn geworden! ⁴⁶⁾.

Een typische leer nog is die van Damme ⁴⁷⁾, die in den uitvinder den „Lehrherr der Nation" ziet.

In het algemeen ziet men in Duitschland Kohler's leer door de meeste auteurs overgenomen ⁴⁸⁾. Een uitzondering vormt Engländer ⁴⁹⁾, die in een speciale studie over de theorie van het octrooirecht meer economische grondslagen op den voorgrond brengt: „Aus wirtschaftlichen Erwägungen erwächst die Erfindung!" In dit werk treft men ook een goed overzicht der economische literatuur betrekkelijk tot het hier besproken onderwerp.

In den allerlaatsten tijd is in Duitschland hernieuwde belangstelling voor den grondslag van het octrooirecht gegroeid, echter meer in het kader der verhouding Individu en Gemeenschap. Treftend is, dat het octrooirecht, dat voor velen als een typisch individualistisch recht werd beschouwd, bij nader onderzoek volkomen blijkt te passen in een recht, dat de gemeenschapsgedachte met zooveel nadruk naar voren brengt.

⁴⁶⁾ Bij beide theoriën, zoowel bij die van Kohler als die van Gierke, is het eigenaardig, dat er niet veel meer overblijft als men de nieuw „geprägte" woorden weglaat. What is in a name?

⁴⁷⁾ F. Damme, Das deutsche Patentrecht, 1911, blz. 8.

⁴⁸⁾ Met uitzondering van E. Pietzcker, Patentgesetz I, 1929; Hermann Isay, Patentgesetz, 5e Aufl. 1931; A. Selgsohn, Patentgesetz, 7e Aufl. 1932; G. Klauer und Ph. Möhring, Patentgesetz vom 5. Mai 1936; H. Krausse und F. Kathlun, Patentgesetz vom 5. Mai 1936.

⁴⁹⁾ Prof. Dr Konrad Engländer, Zur Theorie des Patentrechts, Jena 1921.

Er moet echter in dit verband wel op worden gewezen, dat reeds vroeger het octrooirecht evenzeer op grond der gemeenschaps-gedachte is verdedigd. Leest men thans: „Nicht die Masse erfindet und nicht die Majorität organisiert, sondern in allem immer nur der einzelne Mensch, die Person Diese Erkenntnis darf aber nicht dazu führen, das Schaffen Einzelner losgelöst von der der Gemeinschaft zu betrachten und einzuschätzen" ⁵⁰⁾, zoo kan men reeds bij Kohler ⁵¹⁾ lezen: „Die Erfindung ist nach ihrer Anlage wesentlich individualistisch, allein Sie hat einen tief genossenschaftlichen Zug", terwijl Hermesdorf ⁵²⁾ zich als volgt uitte: „Het is nu de plicht van elk individu als „lid der gemeenschap naar vermogen mede te werken aan de „verwezenlijking van de gemeenschapstaak. Het is derhalve „redelijk, dat de overheid, wanneer en zoo vaak als de algemeene „samenlevingsbelangen zulks bepaald eischen, inbreuk mag „maken op de rechten van den enkeling en dus ook op diens „wetenschappelijken eigendom. In de volle en daadwerkelijke „beleving dier tweeheid in den mensch: zijn persoonlijkheid „eenerzijds, zijn lidmaatschap der gemeenschap anderzijds, „ligt de diepste rechtvaardigingsgrond voor dit ingrijpen door „de overheid opgesloten". Het octrooirecht vormt naar zijn wezen een zeer gelukkige combinatie van het recht van den eenling en het algemeen belang ⁵³⁾. Dat trouwens overspanning van den eigendom in het algemeen, eenerzijds naar de macht van de eenlingen (plutocratie), anderzijds naar de macht der

⁵⁰⁾ Das Recht des schöpferischen Menschen, Festschrift der Akademie für deutsches Recht, Berlin 1936, blz. 7.

⁵¹⁾ Kohler, Handbuch, blz. 6.

⁵²⁾ Mr B. H. D. Hermesdorf, „Wetenschappelijke Eigendom", R. M. 42-(1923)-425.

⁵³⁾ Niet valt te ontkennen, dat het octrooirecht kan worden misbruikt. „Welk recht werd niet misbruikt?". Over de compilatie van octrooien in de grootindustrie werd reeds veel geschreven. Dat de octrooi-pooling hier te lande geen bedenkelijken vorm heeft aangenomen en niet kan aannemen, vermeldt Van Loon, Ec. Stat. Ber. 24-(1939)-129. In anderen zin echter de huidige voorzitter van den Octrooiraad, Mr J. W. Dijkmeester, in zijn artikel „Octrooirecht, Octrooiwet, Octrooiraad", opgenomen in het gedenkboek van den Octrooiraad, 1937, blz. 15, waar hij zegt (blz. 18): „De gunstige wetsbepalingen, welke men in het openbaar op sentimenteele „gronden opeischt voor den kleinen uitvinder, worden in werkelijkheid gevraagd „en verkregen ten bate van de groote ondernemingen, wier woordvoerders het luidst „om voordeelen voor de uitvinders vragen". Deze opmerking lijkt iets te bitter!

collectiviteit (communisme), tot een onjuiste verhouding moet leiden, werd o.a. reeds door Pompe ⁶⁴⁾ beschreven.

Resumeerend kan men zeggen, dat in Duitschland de rechtvaardigheidsgedachte zoowel onder het oude als onder het nieuwe recht op den voorgrond staat; de eigenlijke eigendoms-theorie wordt aldaar echter vrij algemeen verworpen.

Engeland en de Vereenigde Staten van Noord-Amerika. Beide landen worden hier in een adem genoemd, wijl het recht der angelsaksische landen veel gemeenschappelijks vertoont en bovendien een zeer saillant verschilpunt heeft met het recht der andere landen. Het verschilpunt is dit, dat het recht der meeste landen is geschreven recht, terwijl men in de angelsaksische landen daarnaast — en voor het overgrootste deel — common law en law in equity heeft ⁶⁵⁾. Hierin schuilt voor ons en juist bij de behandeling van dit onderwerp een zéér groote moeilijkheid, die niet steeds in het oog schijnt te zijn gehouden. De moeilijkheid is trouwens tweeledig. Ter eener zijde is het voor ons zeer lastig een juist beeld te verwerven van de angelsaksische begrippen common law en equity, dat zich eenigermate aanpast aan onzen gebruikelijken denktrant. Daarnaast brengt vooral de rechtsgang in equity met zich, dat een theorie steeds vager wordt dan wij gewend zijn, doordat begrippen evenzeer in eigenlijken als in oneigenlijken zin kunnen zijn gebruikt. Nog bijzondere moeilijkheden verschaft in het angelsaksische recht juist het begrip Eigendom, met zijn voor ons lastig te begrijpen onderscheiding in real property en personal property. Het is derhalve gevaarlijk uit een angelsaksisch betoog het woord property te citeeren, zonder met het bovenstaande rekening te houden. Het begrip property dekt zich trouwens niet met ons begrip eigendom, daar men onder property vaak verstaat het geheel of een bepaald deel van iemands vermogen, zonder dat men daaraan zakelijk karakter hecht. Indien een Engelsch of Amerikaansch schrijver derhalve uit, dat iemands gedachten, iemands uitvinding, zijn property zijn, dan wil dat nog niet zeggen dat dan bedoeld is eigendom

⁶⁴⁾ Prof. Dr W. P. J. Pompe, Het keerpunt in het maatschappelijk leven. Utrecht, De Gemeenschap-Uitgevers, ongedateerd, 2e dr.

⁶⁵⁾ Zie voor deze begrippen Mr N. F. K. Land, Inleiding tot de verklaring van het burgerlijk wetboek, Haarlem 1910, blz. 36; doch vooral: Hans W. Goldschmidt, English Law from the foreign standpoint, London 1937.

stricti juris. Dat gedachten en uitvindingen tot iemands vermogen behooren, zal niet worden betwist.

In Engeland heeft men het recht op de uitvinding buitendien nog historisch te zien. Het recht tot verleenen van octrooi is nog steeds een praerogatief van de kroon ⁵⁶⁾, wat echter enkel een reliek uit oude tijden schijnt te zijn, geconserveerd door den sterk conservatieven inslag der Engelsche wetgeving. Toch leert de bekende auteur Terrell, dat octrooien zijn: monopolies, still granted upon the mere motion of the Sovereign, in the exercise of his royal prerogatives, and that all that has been done has been declaratory of the limits within which that prerogation should be exercised, and of the method of procedure to be adopted in obtaining letters patent for invention ⁵⁷⁾.

Bij dit standpunt behoeft men de natuur van het uitvindersrecht niet nader te onderzoeken en de eigendomsleer vindt men dan ook in Engeland weinig verdedigd.

Hier ontmoet men de privilegiën- of monopolie-theorie. Deze theorie, welke meerendeels als verouderd wordt beschouwd, is zeer eenvoudig. Het recht op de uitvinding bestaat, zoo zegt zij, niet van nature; het berust op een *lex specialis*, een gunst van de overheid, die ten behoeve van den uitvinder een monopolie creëert. Naar zijnen aard behoeft het door privilege verleende monopolie niet tijdelijk te zijn, de geschiedenis kent onbepaalde. De tijdelijkheid is een gevolg van het verzet van het volk tegen door de kroon zeer willekeurig verleende mono-

⁵⁶⁾ R. Frost, *Treatise on the Law and Practice relating to Letters Patent for Inventions*, 3rd ed., London 1906.

Section 97 van de Patents Act bepaalt: „Nothing in this act shall take away, „abridge, or prejudicially affect the prerogative of the Crown in relation to the „granting of any letters patent or to the withholding of a grant thereof”.

Het octrooi wordt in Engeland inderdaad heden ten dage nog als een koninklijke oorkonde uitgegeven en draagt het rijkszegel. Het aanbrengen van dit zegel — de „sealing” — is zelfs een belangrijk stadium in de verleeningsprocedure.

⁵⁷⁾ T. Terrell. *The law and practice relating to letters patent for inventions*, 5th. ed., London 1909, page 5.

In de nieuwste druk — 8th ed., 1934, revised by J. R. Jones — wordt op blz. 8 gezegd over the nature of patent right: „It is the granting position of the letters „patent which creates the property in the monopoly rights, a species of property „which is purely artificial in its nature”. En op blz. 9: „There is no property in the „nature of an exclusive right save that of a patent, copyright or trade-mark. There „is no exclusive right in a secret”.

polies, een strijd, die in Engeland werd beslecht door het Statute of Westminster van 1623.

Amerika (V.S.) is het land, waar de wet de pretentie heeft, een octrooi enkel aan den eersten uitvinder te verleenen. Deze omstandigheid doet verwachten, vooral bij den grooten tegenstand, die tegen dit systeem is gerezen, dat sterke ideologische factoren bij het ontwerpen van die bepaling op den voorgrond stonden. Inderdaad, en dit is historisch wel te verklaren, vindt men hier niet als in Engeland als grondslag een privilege, integendeel, dit wordt in deze oude Engelsche kolonie nadrukkelijk verworpen. De eigendomsleer vond aanvankelijk aanhangers; de eerste octrooiwet in de V.S. dateert ongeveer uit denzelfden tijd, als de eerste Fransche Octrooiwet, welke met zooveel nadruk de eigendomsleer in de préambule voerde. Toch sloeg men in Amerika een anderen weg in. De Patent act berust op de constitutie der V.S., die in section 8 van het eerste artikel verklaart: „The Congress shall have power to promote the progress of Science and useful Arts, by securing, for limited Times, to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries”. Een meer practische instelling dus, dan de dogmatische tirade in de Fransche wet. Derhalve ziet men de basis van het recht vaak geconstrueerd als een stimulans voor het doen van uitvindingen, door toekenning van een belooning aan uitvinders in den vorm van een tijdelijk uitsluitend recht, welke belooning door den uitvinder wordt verkregen, door afsluiten van een contract met de overheid, die hem het uitsluitend recht toekent in ruil voor publicatie der uitvinding. Zoo zegt de bekende schrijver Robinson in zijn monumentale werk ⁵⁸⁾: „The patent privilege as a monopoly shows a threefold aspect: As a reward bestowed on the inventor for his past inventions, it is an act of justice. As an inducement to future efforts, it is an act of sound public policy. As a grant of temporary protection in the exclusive use of a particular invention, on condition if its immediate publication and eventual surrender to the people, it is an act of compromise between the inventor and the public, wherein each concedes something to the other for that which is conceded to itself”.

⁵⁸⁾ Prof. William Robinson LL. D., The law of patents for useful inventions, Boston 1890, Vol. I, page 58.

Het is vooral de contractstheorie, welke hier sterk wordt gehuldigd en die men ook aantreft bij den auteur Walker ⁶⁹⁾: „A patent is not a monopoly, it is not a grant made in derogation of some common right, the patentee takes nothing from the community; he is a great public benefactor, because he gives to the community his invention for the reward provided by the statute in the form of Letters Patent granted to him, which is, in effect, a *contract* between the inventor and the public”.

Interessant is een verhandeling, die Robinson ⁶⁰⁾ geeft over de rechten van den uitvinder, maar ook van het publiek, onder het natuurrecht (natural law). Gemeenlijk worden studies als deze enkel vanaf het standpunt van den uitvinder gedaan. Robinson heeft zeer juist ingezien, dat dit eigenlijk slechts eene helft van het vraagstuk is en dat men dit ook heeft te onderzoeken van de andere zijde, van het standpunt van het publiek. Wil de gevonden oplossing juist zijn, dan moeten vanzelfsprekend over en weer die standpunten in elkaar passen. Met betrekking tot des uitvinders recht onder de natuurwet merkt Robinson op: „He (the inventor) has imagined or discovered something which to himself, and presumably to all the world, is new, and has conceived a method by which his idea may be so applied as to produce a tangible and valuable result. In this stage he has a natural exclusive right to his invention. No one can compel him to disclose his secret. He may reduce it to actual practice, or preserve it as a matter of subjective contemplation. The law can take no other notice of it than it does of his moral sentiment or his personal recollections. If, however, he endeavors to envail himself of this idea in his exterior life, his position in regard to it is somewhat changed. The material forms in which he then embodies it are his, but the idea itself is not to be imprisoned within their narrow bounds. Every one who examines and can understand them conceives immediately the same idea, whether he will or not, and thenceforward that idea remains as much a part of the observer's fund of knowledge as it ever was of that of the inventor. In order, therefore, to retain exclusive ownership of his idea, he must withhold its

⁶⁹⁾ Albert H. Walker, A treatise on the law of patents for inventions, 6th ed. revised by John L. Lotsch, 2 Vols, New-York 1929, Vol. I, page 17.

⁶⁰⁾ Robinson I, blz. 37 en 39.

material embodiment from observation; and as long as he can do this, the invention is as truly his by natural right as it never had been thus externally expressed". Hierbij wordt aangehaald Curtis ⁶¹⁾: „Whether we regard the knowledge, remaining for the present in the exclusive control of him whose intellectual production it is, as property, or as a possession of ideas, to which some other term might be more appropriate, it is still a possession, of which the owner cannot by any rule of natural justice be deprived without his consent. In this view it may, as it seems to me, justly be termed property". Iets verder vervolgt Robinson echter en hier komt het op aan: „Under the laws of nature the exclusive public use ⁶²⁾ of an invention is thus impossible, and hence there is no natural right to such a use. The inventor, who voluntarily discloses his invention to the public, necessarily and freely dedicates it to the public; and that which formerly was his alone by virtue of his sole possession becomes by universal possession the common property of all mankind". Houdt men hierbij in het oog, dat men hier te doen heeft met een schrijver uit het klassieke land van de *freedom*, in het bijzonder van de *freedom of trade*, dan wordt begrijpelijk hoe hier, zonder nader onderzoek naar den aard der begrippen, naast elkaar wordt gesteld een „exclusive right of the inventor, properly termed property, on his ideas", en geen exclusief recht „to use the invention in public". Sterker komt de vrijheid van het publiek, om de bekend geworden ideeën van den uitvinder te gebruiken, naar voren bij Robinson's studie omtrent dezen kant der aangelegenheid: „It is a law of nature that men should profit by the discoveries and inventions of each other. This is the law which binds society together, and in obedience to which lies all the possibility of moral, intellectual, and material advancement" (!). Dit is wel erg waardig en positief gezegd, op een wijze die voor angelsaksische juristen vaak kenmerkend is, doch bij nadere beschouwing blijken deze volzinnen op niets anders te steunen, dan op het aplomb, waarmede ze zijn neergeschreven. Geheel iets anders blijkt dan ook uit de door Robinson geciteerde

⁶¹⁾ George Ticknor Curtis, A treatise on the law of patents for useful inventions as enacted and administered in the United States of America, 4th ed. 1873, page XX.

⁶²⁾ Spatieering van mij.

woorden van den Justice J. Lane in *Jordan v. Overseers* (1831): „Although the inventor had, at all times the right to enjoy the fruits of his own ingenuity, in every lawful form of which its use was susceptible, yet, before the enactment of the statute, he had not the *power* of preventing others from participating in that enjoyment, to the same extent with himself; so that however the world might derive benefit from his labours, no profits ensued to himself”. Men leest hieruit, dat duidelijk een recht wordt erkend, zij het dat de macht ontbreekt om het geldend te maken; een macht door de „statute” gegeven. Robinson's betoog past over en weer wel in elkaar wat betreft de rechten van uitvinder en publiek, doch die, welke hij aan het publiek toekent, berusten op een bloot *a priori*.

Men zou na de bovenstaande critische weergave der literatuur over de eigendomsleer kunnen meenen, dat deze hier in dit werk gaat worden verdedigd. Dit is evenwel niet het geval. Gebleken is, dat de eigendomsleer analogice zeer wel is te verdedigen tegen de bezwaren, welke te harer nadeele zijn naar voren gebracht. Positiefrechtelijk is in elk geval het octrooirecht zooveel anders geregeld dan het eigendomsrecht, dat een positiefrechtelijk bedoelde eigendomsleer in het octrooirecht niet kan opgaan. Daarmede is men echter nog niet van de eigendomsleer in positiefrechtelijken zin af. Wij hebben vergeleken het positieve octrooirecht en het positieve eigendomsrecht. Iemand zou echter kunnen zeggen: „ik zie van de octrooiwet af; ik ben eigenaar van mijn uitvindingsgedachte, ongeacht de octrooiwet en volkomen afgezien daarvan, ingevolge het gemeene recht. Ik heb een onlichamelijke zaak en daarop is eigendom mogelijk, gezien de duidelijke bewoordingen der wet”. Deze objectie doet zien, dat men het onderhavige vraagstuk veel principieeler moet bezien. Het gaat niet om de uitwerking, doch om de beginselen, om het uitgangspunt.

De eigendomstheorie gaat uit van de overweging, dat de uitvinder „iets” — de uitvindingsgedachte — heeft, waarover hij de meest volstreckte heerschappij uitoefent, terwijl dit „iets” waarde heeft. De eerste vraag is nu deze, is dit „iets”, is die uitvindingsgedachte, een „zaak” in den zin van ons B.W. Van de beantwoording van die vraag hangt het geheele vraag-

stuk af. Is er een zaak, dan is er een onlichamelijke zaak, dan is er eigendom mogelijk. Dan mag het verder zoo zijn, dat deze speciale zaak en deze speciale eigendom slecht past in het systeem der wet, doch dit doet niets ter zake ⁶³⁾.

De vraag, of een gedachte een zaak is, leidt weer tot de vraag, wat is een zaak? ⁶⁴⁾. Ons B.W. geeft daarop een niet al te duidelijk antwoord. Art. 555 zegt: „De wet verstaat door zaken alle goederen en regten welke het voorwerp van eigendom kunnen zijn”. De bepaling „welke het voorwerp van eigendom kunnen zijn” kan ons niet helpen, daar men daarmee in een kringredeneering geraakt. De andere benaming „goederen” lost het probleem evenmin op. Hugo de Groot ⁶⁵⁾ omschreef de „zaak” anders: „zaak al wat daar is buiten den mensch, den mensch eenigszins van nut zijnde”. Daarmede krijgt ons vraagstuk weer een eenigszins ander karakter in den zin der tegenstelling rechtssubject en rechtsobject. Is de gedachte wel buiten den mensch bestaanbaar? Is er hier wel sprake van een object? ⁶⁶⁾ Wij laten dit hier in het midden. Er is zoowel voor de eene opvatting als voor de andere iets te zeggen. Een gedachte, zeker, veronderstelt een mensch die haar denkt, maar anderzijds kan toch de gedachte, de wetenschap zooals de wet zich uitdrukt, worden vastgelegd en als zoodanig een zeker onafhankelijk „afgescheiden” bestaan leiden. Hiermede blijven wij staan voor de vraag wat een zaak is. Waar de wet daarop geen antwoord geeft zal men moeten afgaan op de normale verkeersopvatting, op de terminologisch-practische beteekenis van het begrip zaak ⁶⁷⁾.

⁶³⁾ Men kan dit trouwens ook overdrijven. Resius (blz. 238) merkt en passant op dat men ter vaststelling van den omvang van het recht geen gebruik kan maken van de regels over het burendrecht. Ja, dit is toch bij iedere roerende zaak zoo.

⁶⁴⁾ Dit punt is uiteraard ook door andere auteurs — Stoffels, Star Busmann, Resius — aan de orde gesteld. Ons bezwaar tegen hunne beschouwingen is dit, dat zij het vraagstuk hierop niet principieel afdoen.

⁶⁵⁾ Inleidinghe tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid II, 1.

⁶⁶⁾ Duidelijker wordt dit in de tegenstelling „iets hebben” en „iets kunnen doen”. In de eene voorstelling kan de uitvinder de gedachte (de Octrooiwet spreekt in art. 32 van „wetenschap”) overdragen; het is dan een overeenkomst om te geven. In de andere voorstelling kan de uitvinder een ander iets leeren; het is dan een overeenkomst om te doen. Hier raakt men de bron van de leer van Damme „Lehrherr der Nation” en ook van de leer van Von Gierke „Persönlichkeitsrechte”.

⁶⁷⁾ In de literatuur wordt, welhaast zonder uitzondering, reeds in den term „goederen” naar de terminologisch-practische beteekenis het vereischte van stoffelijk-

Wanneer men nu het oor te luisteren legt bij de verkeersopvatting dan hoort het daar zeer verschillende klanken. Er is ontegenzeggelijk sprake van verkoop van uitvindingen; men treft daar zelfs advertenties voor aan. Den aard dezer contracten zullen wij aanstonds beschouwen, want alleen op dezen grond zou men toch niet kunnen geraken tot de stelling, dat ergo uitvindingen naar de verkeersopvatting zaken zijn. Te storend daarvoor is het, dat men velen aantreft, die deze opvatting nadrukkelijk bestrijden. Men geraakt weer in den strijd, dien wij in ons literatuuroverzicht zagen.

Echter is er toch één omstandigheid, die ons definitief uit deze moeilijkheden helpt. En wel deze: er schuilt nog een andere fout in den opzet der eigendomstheorie. Toen wij deze uiteenzetten, werd opgemerkt, dat de „industriële eigenaar” iedere actie mist, omdat de eigendomsacties ondeugdelijk bleken voor zijn geval. Is het echter wel waar, dat hij iedere actie mist? Hij zou toch in elk geval ook nog de actie uit onrechtmatige daad hebben, de eenige actie b.v. die ook den eigenaar van de verbruikte onvervangbare zaak openstaat. Nu leidt ons dit uit de moeilijkheden. Er is nimmer iemand zoo driest geweest *op grond van beweerdelyken eigendom* van een uitvindingsgedachte een actie uit onrechtmatige daad in te stellen. Niemand heeft ooit die consequentie uit zijn opvatting durven trekken. Ware dit wel het geval geweest, de vakliteratuur zou deze merkwaardige procedure zeker met den noodigen opsmuk vermelden. Gevolgelyk moet worden aangenomen, dat de uitvindingsgedachte naar de verkeersopvatting geen zaak is. Is er geen

heid gelezen. Het gaat o.i. te ver uit de verkeersopvatting deze scherpe omgrenzing te willen halen. De schrijvers steunen daarbij mede op de historie: Gajus II, 12—14, Quaedam res corporalis sunt, quaedam incorporales. Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae jure consistunt, sicut . . . usus fructus, obligationes. De historische opvatting — daargelaten wat men daar in het algemeen van moet houden, als ze in de wet niet tot uitdrukking is gebracht — lijkt hier niet doorslaggevend, nu de uitvindingsgedachte als „zaak” een ster is, die eerst in de laatste jaren aan het juridisch firmament verscheen. Dit heeft al tengevolge gehad, dat Scholten voor den industrielen eigendom min of meer opzij ging, terwijl Suyling, aan de hand van een wetenschappelijk weinig overtuigend betoog over moleculen, het vereischte der stoffelijkheid een weinig vervaagt in verband met de eveneens nieuwerwetsche zaken warmte en electriciteit.

Men tracht wel eens in de wet zelf het vereischte van stoffelijkheid te lezen door naast de opsomming van art. 555 B.W. de onderscheiding van art. 559 B.W. te plaatsen en deze dan aan elkaar gelijk te stellen. Dit lijkt verwerpelyk.

zaak dan is er dus geen eigendom en is hiermede de eigendoms-theorie, positiefrechtelijk gezien, verworpen.

Hoe staat het nu met het zoo soliede uitziende uitgangspunt der eigendomstheorie, dat de bezitter van de geheime uitvinding, daarover op de meest volstreckte wijze kan beschikken en dat dit bezit vaak groote waarde heeft. Dat zou er toch op duiden, dat de jurist gedwongen is hier eenige rechtsbetrekking aan te nemen. Wij merken reeds boven op, dat de feiten zeer juist zijn, doch het de vraag is, of die rechtens van eenige beteekenis zijn. Die meest volstreckte heerschappij immers, vloeit enkel voort uit het feit, dat die gedachte buiten het verkeer is. Daarin is juist gelegen de overgrootte vrijheid, de meest absolute heerschappij, die de mensch t.a.v. de gedachte heeft, een vrijheid en heerschappij, die naar het wezen der zaak veel grooter blijft, zoolang men is buiten het maatschappelijk terrein, dan ze rechtens ooit kan wezen. Maar daarmede is dan vastgesteld, dat dit geen rechts-heerschappij geen eigendom is, doch een zuiver feitelijke heerschappij. Daarmede is dan tevens opgelost, waarom de uitvinder er wel de (feitelijke) heerschappij over heeft en er vrijelijk over kan beschikken, terwijl hij niet het vrije (uitsluitende) genot van kan hebben. Zoo vlug men immers aan het genot, aan het profijttrekken toekomt, komt de uitvinding in het verkeer en houdt bij de gedachte de feitelijke heerschappij op, althans wat haar uitsluitendheid betreft.

Eenmaal prijs gegeven is de gedachte in elk geval niet meer voor individueele beheersching vatbaar. Zij is dan volgens haar wezen tot de res universitatis gaan behooren en heeft dan meerdere bezitters, die haar ieder voor het geheel bezitten. Het is trouwens de vraag, of het de bedoeling der uitvinders is in alle gevallen het alleenbezit der gedachte op te eischen of te behouden.

Wij komen daartoe vanzelf, wanneer wij eerst eens bezien den aard van de boven reeds even aangeroeerde contracten, welke de uitvinder t.a.v. de uitvinding kan afsluiten, waarbij wij het octrooirecht volkomen terzijde laten. De uitvinder verkoopt, zoo zegt men, de uitvinding. Is dit een overeenkomst van koop en verkoop, en is het dat alleen? ⁶⁸⁾ In de eerste

⁶⁸⁾ Men zou tegen deze figuur reeds bezwaren kunnen maken op grond van de onbepaaldheid van het onderwerp. De koper kent de uitvinding immers nog niet. Dit lijkt echter geen ernstige bedenking, daar de uitvinding voldoende te bepalen is zonder dat men ze precies kent.

plaats zal het een overeenkomst zijn om te geven, om de wetenschap over te dragen ⁶⁹⁾). Die uitsluitende wetenschap kan echter niet worden geleverd; de overdrager behoudt zelf ook de wetenschap. Wil dus de verkrijger een uitsluitende positie verwerven dan zal mede moeten worden bepaald, dat de verkooper de uitvinding geheim zal houden, niet nog eens aan anderen zal overdragen en niet zelf verder zal toepassen. Een overeenkomst dus om niet te doen. Het „geven” is hier even belangrijk als het „niet te doen”. Van een koopovereenkomst in den gebruikelijken zin is dus geen sprake. Nu werd hierbij stilzwijgend verondersteld, dat de uitvinding in het geheim geëxploiteerd kan worden. Wanneer dit niet het geval is, doet zich een geheel andere casuspositie voor. Om dit te verduidelijken zij het volgende voorbeeld gegeven. Wanneer iemand uitvindt een potlood met een stuk radeergom aan het einde, dan is het juist niet de bedoeling van den uitvinder of exploitant, dat dit denkbeeld geheim blijft. Integendeel. Zij zullen dit zooveel mogelijk trachten te verbreiden, opdat het publiek, de voordeelen inziende en de behoefte aan zooiets voelende, tot aankoop zal overgaan. Wat zij wenschen is in het geheel niet het alleenbezit der uitvindingsgedachte, doch enkel een recht op de vruchten van die wetenschap. Wij komen hier tot het rechtsbeginsel, waarop uiteindelijk de eigendom steunt n.l. dat *eenieder is gerechtigd tot de vruchten van zijnen arbeid*, tot de vruchten van zijne door arbeid verkregen wetenschap ⁷⁰⁾).

Wanneer men op grond van dit rechtvaardigheidsbeginsel

⁶⁹⁾ Men kan dit ook, als reeds eerder vermeld, zien als een overeenkomst om te doen, n.l. om de uitvinding aan den gegadigde te leeren. Het lijkt zelfs raadzaam dit in de practijk steeds mede te doen.

Van de termen overdragen enz, bedienen wij ons verder uiteraard in analogische beteekenis. Wij stelden vast, dat er geen zaak is en dan is uiteraard ook geen overdracht in eigenlijken zin mogelijk. Anderzijds zien wij hierbij af van de overdracht van de aanspraak op octrooi. Het geval wordt behandeld ongeacht het octrooirecht.

⁷⁰⁾ Ook Hermesdorf gaat in deze richting in zijn artikel in R.M. 42-(1923)-411. Het uitsluitend recht op de vruchten van den arbeid berust op geen positiefrechtelijke bepaling. Het is dus buitenpositiefrechtelijk.

De aanhangers van de utiliteitstheorie, waarvan vooral de zeer zakelijke Duitsche auteur Pietzcker een voortreffelijk verdediger is, voeren tegen dit recht op de vruchten van den arbeid aan, dat iedere uitvinder weer op zijn voorgangers steunt, zoodat hij al gebruik maakt van de vruchten van anderen. Dit is op zich zelf genomen juist, doch de uitvinder eischt slechts rechten voor het nieuwe, dat hij bracht. Niets meer.

overgaat tot een regeling van de verhouding van den uitvinder tot de uitvinding, wordt den uitvinder naast de feitelijke macht, welke hij over zijn uitvinding uitoefent, ook een recht toegekend. Dat recht is uiteraard bepaald door de positiefrechtelijke omschrijving in de wet, die in het kort hierop neerkomt, dat de uitvinder zijn bezit der uitvinding⁷¹⁾ kan doen vaststellen. Door die vaststelling gaat de persoonlijk-uitsluitende macht over de uitvindingsgedachte teniet, want zij brengt divulgatie mede. Daarvoor in de plaats is gekomen een uitsluitend recht op de vruchten. D.w.z. een recht om de uitvinding toe te passen en wel een uitsluitend recht om zulks te doen.

Uit de wet vloeit echter meer voort, n.l. ook een erkenning van het beginsel waarop zij berust. Zij stempelt ook de feitelijke macht van den uitvinder, waarover wij eerder spraken, tot een *recht*, dat zich dan allereerst oplost in een *recht* tot toepassing der uitvinding, waartoe de uitvinding hem de macht geeft. Een recht op de vruchten zijner wetenschap dus. Dit is hier het praepositiefrechtelijk recht.

De wet verwijst daar zelf met zooveel woorden naar en wel in art. 32 O.W., het artikel dat wij verder uitvoerig zullen bespreken en dat ons aanleiding gaf tot deze beschouwingen. In dit artikel wordt van den voorgebruiker — een tweeden zelfstandigen uitvinder — gezegd: hij *blijft* *bevoegd* tot verdere toepassing der uitvinding. Voor de woorden *blijft bevoegd* zal men mogen lezen *blijft gerechtigd*, zoodat hier een recht wordt erkend. En wel een recht, dat, voorzoover wij konden nagaan, niet steunt op eenige positiefrechtelijke bepaling. Een buitenpositiefrechtelijk recht dus. Immers eigendomsrecht, dit hebben wij zoeven — en juist hiervoor — nagegaan, is t.a.v. de uitvinding in positiefrechtelijken zin niet aanwezig. Dan moet men aannemen, dat hier een analoog recht van bezit op de uitvinding wordt erkend⁷²⁾.

⁷¹⁾ Deze term, welke ook Drucker (blz. 186, Nr 131) gebruikt, zal ook verderop worden gebezigd voor de feitelijke macht van den uitvinder over de uitvinding. De kennis der uitvinding dus.

⁷²⁾ Er wordt t.a.v. het voorgebruik wel eens geopereerd met het beginsel van verkregen rechten. Dit is onjuist als er van een positiefrechtelijk recht geen sprake is. Anderzijds vindt men wel eens een beroep gedaan op de „geheiligde” vrijheid der industrie — wat is daarvan nog over? — doch ook dit is buitenpositiefrechtelijk. Gaat men uit van dergelijke buitenpositiefrechtelijke beginselen, dan dient ook rekening te worden gehouden met ethisch getinte rechten van den uitvinder.

Dit brengt ons weer terug tot de analogische eigendomsleer met als object een analoge zaak ⁷³⁾. Deze voorstelling heeft de inleidend vermelde voordeelen: bekendheid bij het volk en zoo dicht mogelijke aansluiting bij het positieve privaatrecht. De figuur is, zooals wij boven zagen, ondanks alle verschillen, waarop trouwens nadrukkelijk werd gewezen, wel verdedigbaar. In velerlei opzicht bestaan er zeer frappante gelijkenissen. Een voordeel — en tevens een gevaar ⁷⁴⁾ — schuilt in de mogelijkheid van analoge toepassing van beginselen uit het zakenrecht. Wil men voor de analoge „zaak” en het analogische eigendomsrecht een woord invoeren, dan is er geen bezwaar tegen de door Kohler gebezigde terminologie immaterieel rechtsgoed en immaterieelrechtsgoederenrecht, wanneer men zich daarachter maar niet meer voorstelt dan er inderdaad achter schuilt en daardoor mogelijk nog verder van het positieve recht afdwaalt.

Uiteindelijk berust de bescherming van de uitvinding en de gerechtvaardigheid daarvan op dezelfde rechtsphilosophische en practische gronden, waaruit ook de bescherming van den eigendom voortspuit. De macht van den uitvinder eenerzijds — men verlieze niet uit het oog, dat die inderdaad vaak feitelijk bestaat — en een goede, noodzakelijke regeling, berustend op de gerechtigheidsvoorstelling van het volk ⁷⁵⁾ en de nuttigheid en doelmatigheid dier regeling, zijn de immer wederkerende grondslagen. Men kan dus de verschillende rechtvaardigheids-theoriën voor het octrooi, loontheorie e.dgl., steeds weer herleiden tot die omtrent eigendom, zoodat men de rechtvaardiging van de instelling van den privaateigendom zeker kan overdragen op instellingen als de zgn. geestelijke, intellectueele of industriele eigendom.

⁷³⁾ Het diabolische van beschouwingen als de onderhavige is, dat men bij verder nadenken steeds weer op de eigendomstheorie terugkomt. Dit schuilt in de boven opengelaten mogelijkheid, dat de wetenschap van den uitvinder een afgescheiden bestaan kan leiden, dus tot een „iets” wordt. Deze opvatting begint in vakkringen en zeker in de kringen van belanghebbenden steeds meer door te breken. Zien wij juist, dan begint zich de verkeersopvatting t.a.v. het begrip „zaak” eenigszins te wijzigen in deze richting. Aldus ook Kohler, die een nieuwe „zaak” uitvindt.

⁷⁴⁾ Drucker ziet dit gevaar — Handboek blz. 186, Nr. 131 — wat makkelijk over het hoofd. Voor de aanhangers van de Immaterialgüterrechtslehre bestaat dit gevaar in versterkte mate, wanneer ze zich niet goed rekenschap geven van het feit, dat slechts een woord hen scheidt van de analogische eigendomsleer.

⁷⁵⁾ Otto von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 1895, Bd. I, blz. 120 v.v.

Onder de grondslagen van het octrooirecht staat onbetwist de rechtvaardigheidsgedachte voorop; die rechtvaardigheids-gedachte kan men eigendom noemen, waarmee men een beeld kiest, dat voor eenieder een begrijpelijke categorie inhoudt en zeker analogie van toepassing is.

Hiermede is men deels wel, deels niet aan het einde van de beschouwing omtrent den grondslag van het octrooirecht. Men zou evenwel met Zevenbergen ⁷⁶⁾ kunnen zeggen, op rechtvaardigheid alleen bouwt geen wetgever een bescherming, er moeten factoren van sociaal-economische politiek toe nopen, wil de wetgever in de practijk tot een regeling overgaan. Daarbij wordt dan echter een ding vergeten, n.l. dat in een begrip als eigendom (ook analoog toegepast) reeds liggen opgesloten, die op den achtergrond staande sociaal-economische motieven, zoodat men deze subsidiair aanvoerend, eigenlijk zijn probleem omkeert. Niettemin, het is gebruikelijk om voor de bescherming van den industrieelen eigendom, naast de gerechtigheidsidee, motieven van nijverheidspolitieken aard aan te voeren en men begaat geen fout van systematischen aard, door deze op de tweede plaats te behandelen, daar deze motieven, gezien den bijzonderen aard van het object van het recht, van eenigszins andere strekking zijn, dan die, welke ter rechtvaardiging van den eigendom worden aangevoerd. Een afzonderlijke bespreking daarvan is dus wel op zijn plaats.

Naar overwegingen als de hier bedoelde behoeft men niet ver te zoeken. Men vindt ze vrijwel volledig in allerlei schakeeringen in de Memorie van Toelichting en de kamerstukken over onze octrooiwet, klaarblijkelijk met den opzet „elck wat wils” te geven. De algemeene tendens is bevordering der industrie, de bevordering daarmede van het algemeen belang. Het daartoe gekozen uitgangspunt is kernachtig uitgedrukt op pag. II der Memorie van Toelichting:

⁷⁶⁾ Prof. Mr W. Zevenbergen, *Formeele Encyclopaedie der Rechtswetenschap*, 1925.

Hetgeen hier verder gaat volgen is de zgn. utiliteitstheorie, welke niet eerder ter sprake kwam, wijl zij weinig principieels bevat. Voorzooover men het recht enkel bouwt op utiliteit is dit verwerpelijk. Er zijn er trouwens weinigen, die enkel in de utiliteit den grondslag zien. Telders, ten onzent de aanhanger van deze richting, legt slechts het accent, zooals hij zich uitdrukt, iets meer in deze richting. Triebels daarentegen helt volkomen naar de utiliteit over.

„Opwekken tot het doen van uitvindingen, tegengaan van het geheim houden daarvan, dit zijn de twee groote doeleinden, die bij de samenstelling van een octrooiwet behooren te worden nagestreefd.”

Het tegengaan van het geheim houden van uitvindingen, het openbaarmaken daarvan dus, dient ongetwijfeld het algemeen belang. De openbaarmaking, een *conditio sine qua non* reeds voor de vaststelling van het recht van den uitvinder, stelt toch eenieder in staat daarmede kennis te maken en dient zoomede ter leering der techniek. Het brengt de techniek vooruit. Want afgezien van de leering uit de openbaarmaking voortvloeiende, stelt deze de techniek in staat daarop verder voort te bouwen. Uiteraard moet, wil de opzet tot bevordering der openbaarmaking slagen, de regeling ter bescherming van uitvinder en uitvinding, en de toepassing daarvan in de praktijk, ook zoodanig zijn, dat daarin voor den uitvinder voldoende aantrekkingskracht is gelegen. Die omstandigheden zijn niet voor alle uitvindingen gelijk. Drucker ⁷⁷⁾ wees er reeds op, dat de exploitatie van een aantal uitvindingen noodwendigerwijze divulgatie medebrengt en hij meent zelfs op dien grond de belangrijkheid der openbaarmaking als motief voor de octrooi-verleening in twijfel te kunnen trekken. Anderzijds gelieve men echter te bedenken, dat een relatief groot aantal vindingen, met name *procédé's* voor de chemische nijverheid, zeer wel in exploitatie kunnen worden gebracht, zonder dat zelfs een deskundige er licht in zal slagen aan het product de „*tric*” der geheime bereiding te achterhalen. De mogelijkheid tot geheimhouding is daar zelfs zoodanig, dat de vraag octrooiëering of geheimhouding nog steeds wordt gesteld ⁷⁸⁾. Zonder overdrijving kan men trouwens zeggen, dat de chemische industrie, ondanks de octrooi-bescherming nog steeds vol fabricage-geheimen zit, waarbij niemand er ook maar aan denkt om ze openbaar te maken. Vele dier geheimen berusten in wezen soms niet zoozeer op „uitvindingen”, dan wel op kleine praktische

⁷⁷⁾ Handboek, blz. 58.

⁷⁸⁾ O.a. kan worden verwezen naar een artikel van Ir L. A. W. van der Lek, Fabrieksgeheimen of octrooi, in *Octrooi en Merk* 4-(1931)-291 en mijn artikel „Duur van het octrooi” in *Octrooi en Merk* 15-(1942)-2, waarin aan het slot op het belang eener goede octrooi-bescherming ter bevordering van de openbaarmaking van uitvindingen wordt gewezen.

grepen van goed vakmanschap, die aan de concurrenten in dezelfde branche eveneens waarschijnlijk zeer wel bekend zijn; ze houden outsiders er echter van terug om zich met den betreffenden tak in te laten. Drucker's bovengeschetste opmerking, dat onder de utiliteitsredenen, die tot invoering der wet leidden, de openbaarmaking niet op den voorgrond staat, wjl die uiteraard vanzelf zou volgen, is dus niet geheel juist.

In de octrooiwetgeving is voorts een stimulans tot het doen van uitvindingen gelegen. Deze stimulans is tweeledig. Voor eerst kan de uitvinder een dankbaar gebruik maken van de betere bescherming, die het octrooi veelal geeft boven zijn geheim. Hij zal met meer vertrouwen op de toekomst „in peril of his life and his estate” kunnen werken. Voor het doelbewuste georganiseerde uitvinden is zij zelfs onmisbaar. De groote vermogens, die de moderne research vereischt, zouden niet kunnen worden gewaagd, indien niet de zekerheid zou bestaan, dat de resultaten daarvan vooreerst enkel ten eigen nutte blijven ⁷⁹⁾.

Daarnaast geeft het octrooi ook aan anderen dan den uitvinder een stimulans. In de eerste plaats kan het uit de uitvinding door hen geleerde strekken als een stimulans voor het zoeken naar een verbetering. Dit is, hoewel de eerste uitvinding beschermd is, niet zinledig, daar degeen, die een verbetering vindt, ex art. 34, lid 2 O.W. een dwanglicentie kan eischen, zoodat de gevonden verbetering zeer wel in practijk kan worden gebracht. Echter ook nog anderszins werkt het octrooi stimulerend. Het octrooi toch blokkeert een deel der techniek, hetgeen een prikkel kan vormen tot het vinden van andere wegen, die het octrooi omgaan. Het heeft een zekere aantrekkingskracht op ingenieuze geesten om hun vernuft te beproeven op het verkrijgen van een gelijk resultaat zonder gebruik te maken van de geoctrooieerde middelen.

In het algemeen meent men dit te kunnen zeggen, dat een krachtige industriele ontwikkeling gepaard gaat met een levendige belangstelling voor octrooien, en men wil daaruit

⁷⁹⁾ Prof. Dr Gilles Holst van het Philips-concern bracht interessante dingen naar voren in zijn rede „Octrooi en Research” gehouden op het symposium over octrooi-bescherming en techniek te Delft, 20 Januari 1938. Een verslag dier rede is te vinden in Octrooi en Merk 11-(1938)-26.

dan gaarne afleiden, dat het laatste een voorwaarde voor het eerste is geweest. Bij gebreke aan vergelijkingsmateriaal is het uit den aard der zaak niet na te gaan, of dit op werkelijkheid berust. Een levendige industrieele ontwikkeling, die wel steeds samengaat met talrijke en groote uitvindingen kan evenzeer de behoefte aan een rechtvaardige octrooibescherming beter doen gevoelen.

Er werd reeds boven op gewezen, dat het octrooirecht geenszins een uitvloeisel is eener individualistisch-kapitalistische maatschappij. De jongste ontwikkeling in Rusland, Duitschland, Italië en Portugal bewijst reeds in feite, dat dit onjuist is, daar na de politieke ommekeer in deze landen een nieuwe belangstelling voor den industrieelen eigendom, in het bijzonder voor den uitvinder, is ontwaakt, hetgeen in al die landen uit nieuwingevoerde of gewijzigde wetten ten overvloede blijkt ⁸⁰⁾.

Het octrooirecht verbindt juist op zeer gelukkige wijze het individueele en het gemeenschapsbelang, het is een gulden middenweg tusschen het individueele belang van den uitvinder en het algemeene belang, in het bijzonder gelegen in den technischen vooruitgang. De erkenning van het recht van den uitvinder op de vruchten van zijne door arbeid verkregen wetenschap is er in gelegen, steunend op stimuleering der ontwikkeling van nieuwe industrieën en nieuwe procédés en voortbrengsels, alsmede op openbaarmaking van geheimen en daardoor bevordering der techniek.

⁸⁰⁾ Voor Duitschland blijkt de hier geschetste gedachtengang o.a. uit een artikel van Dr H. O. Danielcik, Octrooiexploitatie en gemeenschapsidee, in Nederlandsche vertaling overgenomen in Octrooi en Merk 10-(1937)-23.

HOOFDSTUK II.

DE UIT HET OCTROOI VOORTVLOEIENDE RECHTEN.

Het lijkt wenschelijk de uit het octrooi voortvloeiende rechten in verband met het voorgebruiksrecht te behandelen en voorafgaande daaraan in deze studie op te nemen.

Tusschen de regeling van de uit het octrooi voortvloeiende rechten (art. 30 O.W.) en de regeling van het voorgebruiksrecht in art. 32 O.W. bestaat een aanmerkelijke correlatie. Art. 30 der octrooiwet kent aan den octrooihouder uitsluitende rechten op de uitvinding toe. Art. 32 bepaalt, dat de voorgebruiker, ongeacht het octrooi, bevoegd blijft die handelingen te verrichten, waartoe overigens de octrooihouder slechts bij uitsluiting bevoegd is. In principe hebben dus octrooihouder en voorgebruiker gelijke bevoegdheden, met dit verschil, dat de octrooihouder een *uitsluitend* recht tot toepassing der uitvinding heeft. Het is duidelijker dit zoo uit te drukken, dat de octrooihouder naast de bevoegdheid om zelf toe te passen een verbodsrecht tegen ieder ander heeft, daarentegen de voorgebruiker slechts een bevoegdheid om zelf toe te passen, dus als een uitzondering op het verbodsrecht van den octrooihouder ¹⁾).

Voorts is er in beide artikelen sprake van „in of voor zijn bedrijf vervaardigen of toepassen”. Het zooveel grooter aantal gevallen onder vigueur van art. 30 berecht en/of bestudeerd kan verhelderend werken voor de beteekenis in art. 32, zoodat daarop dan niet behoeft te worden teruggegrepen.

Zagen wij in hoofdstuk I dat de grondslag van het octrooirecht is gelegen in een recht op de vruchten van door arbeid verkregen wetenschap (quasi-eigendom), dan kan het recht van den uitvinder kortweg worden omschreven als het uitsluitende recht tot exploitatie der uitvinding. Het benutten der uitvinding, het

¹⁾ Wij zullen den term verbodsrecht verder aanhouden.

genot daarvan te hebben — zooals art. 625 B.W. van den eigendom zegt — met uitsluiting van ieder ander, is het kernpunt van het octrooierecht. In den aanvang der Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp tot bescherming van het octrooierecht, is het dan ook kernachtig gekarakteriseerd als „een uitsluitend recht tot toepassing der uitvinding”.

Intusschen heeft de wetgever zich bij de redactie van art. 30 niet tot een dergelijke korte omschrijving bepaald. Er is een gedetailleerde opsomming gegeven van uitdrukkelijke verbodsbepalingen. De grond hiervoor wordt in de Memorie van Toelichting geopenbaard. Eenerzijds achtte de regeering het gewenscht door een speciale omschrijving een zoo effectief mogelijke bescherming van den uitvinder te verzekeren ²⁾. Dit wordt terecht het hoofddoel der wet genoemd, waarbij de ontwerpers der wet zich nauwkeurig rekenschap wenschten te geven „hoever het uitsluitend recht van den octrooihouder zich moet uitstrekken tot de *verschillende handelingen*, welke door den algemeenen term *toepassing der uitvinding* kunnen worden aangeduid” ³⁾. Anderzijds wilde men door het opnemen van detailbepalingen een waarborg scheppen tot beperking van des uitvinders rechten binnen de noodzakelijke grenzen, die de bestaande vrijheid der industrie vereischten. Deze laatste overweging heeft ertoe geleid, dat onder de schrijvers de vrijwel unanieme opvatting bestaat, dat eerstens de opsomming der rechten in art. 30 als limitatief is te beschouwen en voorts, dat beperkte interpretatie daarvan zou zijn geboden. Ofschoon hier niet zal worden ontkend, dat de lectuur der Memorie van Toelichting alle aanleiding tot die opvatting kan geven, lijkt zij toch te licht gefundeerd. Daargelaten in hoeverre de Memorie van Toelichting en de overige behandelingsstukken van een wetsontwerp van doorslaggevende beteekenis zijn voor den uitleg der wet, heeft men bij stukken als de onderhavige voorzichtigheid te betrachten. De herinvoering van het octrooierecht hier te lande was omstreden en wij hebben reeds in hoofdstuk I

²⁾ Moorrees I, blz. 136. De Memorie van Toelichting zegt woordelijk: „De vraag „toch, tot welke handelingen de octrooihouder het uitsluitend recht bezit, is van „overgroot belang; van hare beantwoording hangt in hoofdzaak af, of de octrooiwet „aan haar hoofddoel, n.l. effectieve bescherming van den uitvinder „zal kunnen beantwoorden, . . .”

³⁾ Cursiveering van mij.

gezien, dat de regeering er op uit was het wetsvoorstel aan-
nemelijk te maken en dus in haar stukken „elck wat wils” placht
te geven. Voor een rechtvaardigen uitleg der wet biedt de
Memorie van Toelichting dan niet veel aanknoopingspunten,
vooral niet, zooals hier het geval is, wanneer men haar ook
geheel anders kan lezen, meer lettende op het *hoofddoel* der wet,
n.l. een zoo effectief mogelijke bescherming der uitvinding te
geven. Maar er is nog meer: De wet onderscheidt reeds vanaf
art. 1 de uitvindingen in die voor voortbrengsels en voor werk-
wijzen. Nu vindt men in art. 30 wel t.a.v. de voortbrengsels
gedetailleerde bepalingen, doch niet voor de geoctrooieerde
werkwijzen, waarvoor de wetgever zich tot den algemeenen
term „toepassing” bepaalde. Toepassing der werkwijze is
uiteraard ieder geheel of gedeeltelijk toepassen der daarin
belichaamde uitvindingsgedachte in of voor een bedrijf ⁴⁾. Voor
werkwijzen geldt dus toch den algemeenen term en dan blijft
onverklaarbaar, waarom men voor voortbrengsels een andere
opvatting zou moeten huldigen. Er is niets, dat daarvoor spreekt.

Men kan dus zonder bezwaar met de Memorie van Toe-
lichting ⁵⁾ aldus lezen, dat voorop staat de algemeene term
„toepassing der uitvinding”, d.i. der uitvindingsgedachte, met
de daarop volgende detailbepalingen als illustratie. Dit ook al
daarom, wijl die detailbepalingen zóó ruim zijn, en ter effectieve
bescherming van den uitvinder ook zóó ruim moeten zijn, dat
daaronder bij redelijken uitleg iedere toepassing der uitvindings-
gedachte kan worden begrepen.

Bovendien, en dit zij met veel nadruk naar voren gebracht,
voor de practijk blijft de beschermingsomvang volkomen de-
zelfde of men nu ruim, als hier verdedigd, of eng interpreteert,
daar immers naast art. 30 O.W. de bepaling van art. 1401 B.W.
staat, die sinds 1919 toch al datgene opvangt, wat bij een te

⁴⁾ Vgl. hiervoor Drucker's inleidende opmerkingen bij de bespreking der be-
palingen van art. 30 O.W., Handboek, Nr. 261, blz. 303.

⁵⁾ Moorrees I, blz. 137: „om onder de algemeene uitdrukking *toepassing der uit-
vinding* te worden begrepen en dus den octrooihouder te worden voorbehouden,
„komen vier soorten van handelingen in aanmerking, n.l. vooreerst het vervaardigen
„van het geoctrooieerde voorwerp, ten tweede het volgen van de geoctrooieerde
„werkwijze, ten derde het gebruiken van het geoctrooieerde voorwerp of van het
„product der geoctrooieerde werkwijze en ten vierde het handeldrijven in dat voor-
„werp of dat product”.

nauw gemeten bescherming volgens art. 30 O.W. daarbuiten zou vallen. Voor een goede rechtssystematiek, waarin, zoo voor wetenschap als praktijk, een groot belang is gelegen, schijnt het juist aan art. 30 O.W. een „betamelijken” uitleg te geven, dan steeds weer een beroep te doen op den betamelijkheidsregel van art. 1401 B.W. in gevallen, die typisch tot het octrooirecht behooren. Op die wijze bereikt men slechts een versnippering der stof, terwijl bij het overgroot aantal gevallen, dat thans vanuit ieder rechtsgebied onder 1401 wordt gebracht, nog weer eens een hoofdstuk octrooiinbreuk als onderafdeeling bij het leerstuk der onrechtmatige daad noodzakelijk gaat worden *). Het kan niet uitblijven, dit voor oudere rechtssystematici, dat de vrijere leer van den Hoogen Raad van 1919 ieder rechtsgebied gaat doordringen.

Het opsommen van een aantal speciale bepalingen in art. 30 O.W. zou, naar de ontwerpers der wet zich voorstelden, ook de duidelijkheid dienen. Dat zij hierin zijn geslaagd kan niet worden gezegd. Sommige der bepalingen toch zijn van nature zóó ruim, dat ook andere daarnaast omschreven bepalingen er onder vallen, zoodat men zich afvraagt of het een naast het ander wel zin heeft. Bovendien rijst de vraag, die voor het voorgebruiksrecht van belang kan zijn, of de detailbepalingen, zooals zij naast elkaar zijn opgesomd, ook inderdaad naast elkaar staan in dien zin, dat het eene verbodsrecht denkbaar ware zonder het andere. Naar het schijnt ligt het wel in de

*) Dat art. 1401 B.W. naast art. 43 i.v.m. art. 30 O.W. van toepassing is, wordt door de rechtspraak in het algemeen aangenomen. Er is over die verhouding wel eenige literatuur verschenen: Naast de behandeling in de handboeken, Drucker, blz. 318 v.v.; Telders, blz. 271 v.v.; Mr H. Pfeffer, Grondbegrippen van Nederlandsch Mededingingsrecht, blz. 293 v.v.; treft men verscheidene studies over dit onderwerp aan: Mr W. F. A. Baron van Haersolte, De ruime opvatting van art. 1401 B.W. op het gebied van den industrieelen eigendom, in Rechtskundige Opstellen aangeboden aan Prof. E. M. Meyers, 1935, blz. 581; Mr G. H. C. Bodenhausen, De ongeoorloofde mededinging in de jurisprudentie na 1919, R.M. 1935, blz. 1; Mr M. L. Kan, Octrooiinbreuk en onrechtmatige daad, in Rechtskundige Opstellen aangeboden aan Prof. Mr Paul Scholten, blz. 224; Mr P. M. Veldkamp, De toepassing van art. 1401 B.W. op onbehoorlijke mededinging, Ac. Pr. Vrije Univ. Amsterdam 1940; Mrs H. van Wageningen en A. C. W. Beerman, Praeadvies Ned. Jur. Ver. 1941 en discussies hierover Hand. Ned. Jur. Ver. 1941 II; Offerhaus, Geschreven en ongeschreven handelsrecht, 1941; Prof. Mr J. van Oven, N.J.B. 1941, blz. 473 en 509; Mr J. Berlage, B.I.E. 1942, blz. 82.

macht van den octrooihouder om iemand een recht op de uitvinding toe te kennen, dat is beperkt enkel tot vervaardigen, tot in-het-verkeer-brengen of tot gebruiken van het voortbrengsel; iemand echter, die een recht op de uitvinding heeft, zooals de voorgebruiker, zal steeds bevoegd zijn tot al die handelingen, gezien den bovengeschetsten samenhang, ook al is zijn recht gegrond op het verrichten van slechts één dier handelingen ten tijde van het indienen der aanvraag om octrooi.

Bezien wij nu de bepalingen zelve. Onderscheidenlijk worden behandeld het geoctrooieerde voortbrengsel en de geoctrooieerde werkwijze. De wet spreekt hiernaast nog van een voortbrengsel met de geoctrooieerde verbetering en van de geoctrooieerde verbetering eener werkwijze, hetwelk verder als zinloos ter zijde kan worden gelaten. Immers, de verbetering van een voortbrengsel is weer een voortbrengsel en evenzoo is een verbeterde werkwijze ook een werkwijze en daarop neemt men octrooi, weshalve men in de practijk steeds met een geoctrooieerd voortbrengsel resp. werkwijze heeft te doen. Van het geoctrooieerde voortbrengsel wordt in de wet gezegd, dat het octrooi ten aanzien daarvan geeft het uitsluitend recht om *in of voor een bedrijf* te vervaardigen, in het verkeer te brengen, verder te verkoopen, te verhuren, af te leveren of voor een of ander in voorraad te hebben of wel te gebruiken, terwijl voor de geoctrooieerde werkwijze het recht is omschreven als een uitsluitend recht om toe te passen, waarbij t.a.v. het met de werkwijze verkregen product — de wet spreekt ten onrechte van „stof” —, de de boven, voor het voortbrengsel, na vervaardiging opgesomde bepalingen eveneens van toepassing zijn. Is het bij de werkwijze dus eenvoudig, waar enkel het algemeene begrip toepassen werd gebruikt, dat na het eerder opgemerkte geen nadere toelichting zal behoeven, bij het uitgevonden voortbrengsel staan naast elkaar een vijftal begrippen: vervaardigen — in het verkeer brengen — verder verkoopen, verhuren en afleveren — in voorraad hebben — gebruiken. Eenige dier termen kan men gevoegelijk elimineeren. Verder verkoopen, verhuren en afleveren zijn alle vormen van in-verkeer-brengen. De wetgever heeft door opname dier termen, alle vallend onder de bepaling „verder” slechts uitdrukkelijk willen doen blijken, dat niet enkel het eerste onrechtmatige in-verkeer-brengen, maar ook het verdere in-verkeer-brengen octrooibreuk op-

levert. Een belangrijke uitbreiding van het begrip in-verkeer-brengen is wel gegeven, doordat ook in voorraad hebben, d.i. dus een begin van uitvoering van in-verkeer-brengen uitdrukkelijk is genoemd. Voor ons recht kan men den term gebruiken niet zoo ruim nemen, dat al het andere er onder valt. In Duitschland treft men die opvatting wel aan. In de Deutsche wet staat: Gegenstand der Erfindung benutzen. Anders dan ten onzent dus, waar in de wet staat: het voortbrengsel gebruiken. In Duitschland kan men Benutzen, in den zin van Ausnutzen, als algemeene term kiezen. Bij ons gaat dit voor gebruiken niet op.

Nader bepaald omvat het uitsluitend recht t.a.v. geoctrooieerde voortbrengselen het vervaardigen, daarna iedere vorm van in-verkeer-brengen dus van verspreiding, met inbegrip van het in voorraad hebben daartoe, en ten slotte ieder gebruik.

Evenwel zijn die verbodsbepalingen slechts dan van toepassing, indien de handelingen plaats vinden *in of voor een bedrijf*. Het octrooirecht is daarmede beperkt tot het bedrijfsleven, d.w.z. *alleen wat strikt het particuliere leven betreft, valt er buiten*. Bedrijf is in ruimen zin te nemen. De Memorie van Toelichting heeft het verder aan de practijk overgelaten om de juiste begrenzing van dit begrip te vinden; slechts treft men de uitdrukkelijke vermelding aan, dat wetenschappelijke proefnemingen in elk geval buiten dit begrip vallen ⁷⁾. Intusschen heeft het begrip „in of voor zijn bedrijf” in de practijk slechts weinig moeilijkheden opgeleverd; men treft eenige vrij duidelijke beslissingen aan ⁸⁾. Dat wetenschappelijke proefnemingen

⁷⁾ Moorrees I, blz. 141.

⁸⁾ President 's-Gravenhage 22 November 1932, B.I.E. 1933, 18 (Betrof radio-toestellen afgeleverd door iemand, die als hoofdberoep dat van metaalbewerker uitoefende en wiens handel in waschmachines belangrijker was dan die in radio-artikelen!); Gerechtshof Amsterdam 31 Januari 1935, B.I.E. 1935, 62 (Expeditie verkocht radiotoestellen ter uitoefening van verhaalsrecht op de door hem vervoerde toestellen); Hooggerechtshof Ned. Indië 14 Februari 1935, B.I.E. 1936, 18 (Radio-technische proefnemingen door radioamateur, die een handel in klankfilmtoestellen heeft. Geen handeling in of voor bedrijf); Raad van Justitie Batavia 26 April 1935, B.I.E. 1936, 19 (vereniging voor radioamateurisme verkocht inbreukmakende lampen aan haar leden. Raad acht geen bedrijfsmatige handeling aanwezig. Terecht bestreden door B. M. Telders); Hooggerechtshof Ned. Indië 27 Juni 1935, B.I.E. 1936, 107 (Teruggeven van inbreukmakende lampen na ontbinding koopovereen-

buiten de bescherming vallen lijkt wel juist. Het octrooi zou anders een hindernis kunnen opwerpen tegen het vinden van verbeteringen, wat niet de bedoeling van het octrooirecht is. Of echter deze bepaling van het begrip „in of voor zijn bedrijf” in verband met wetenschappelijke proefnemingen ook voor art. 32 juist is, zal nader daar ter plaatse worden onderzocht.

Vervaardiging van het geoctrooieerde voortbrengsel is het eerste recht in art. 30 genoemd. De door den uitvinder geschapen mogelijkheid tot het maken van het nieuwe voortbrengsel is de eerste vrucht der uitvinding. Onder vervaardigen valt tevens doen vervaardigen. Het vervaardigen in of voor een bedrijf is zonder meer een inbreuk op het octrooi; welke doeleinden daarmede worden beoogd is zonder belang, zelfs indien niet de bedoeling voorziet om het voortbrengsel te verhandelen is inbreuk aanwezig. Het begrip vervaardigen zal op zich verder niet tot moeilijkheden aanleiding geven. Anders is het met de vraag, of reparatie van het eenmaal rechtmatig in verkeer gebrachte voortbrengsel onrechtmatig is en met vervaardiging moet worden gelijk gesteld. Bedoeld is hier natuurlijk niet reparatie in den zin van het gebruikelijke onderhoud van het voortbrengsel, zooals het aanscherpen van een mes en dgl., doch wel reparatie in dien zin, dat het voortbrengsel een geheele of gedeeltelijke vernieuwing ondergaat. Een reparatie zoodanig, dat geleidelijk een geheel nieuw voortbrengsel ontstaat, is uit den aard der zaak met vervaardiging volkomen gelijk te stellen. Daarentegen zal vernieuwing van bijv. den voet eener machine

komst door bedrijf is een bedrijfsmatig handelen); Rb. Alkmaar 3 November 1938, B.I.E. 1939, 28 (Verkoop van een tweetal inbreukmakende autolampen door garagehouder. Als op zich zelf staand geval geen inbreuk aangenomen. M.i. onjuist; dit is wel een bedrijfshandeling); Hooggerechtshof Ned. Indië 13 Juli 1939, B.I.E. 1939, 130 (Regelmatig ter beschikking stellen door Radioamateurs-vereeniging aan haar leden levert een bedrijf op); Rb. 's-Gravenhage 6 Juni 1939, B.I.E. 1940, 4 (Beheerder handelt in of voor bedrijf al is het bedrijf van een ander); Rb. 's-Gravenhage 28 November 1939, B.I.E. 1940, 41 (Reparatie door radiomagazijn, al komt deze weinig voor, toch handeling in of voor bedrijf); Rb. Rotterdam 24 Mei 1940, B.I.E. 1941, Nr. 8 (Radiohandelaar koopt lampen voor eigen gebruik en bewaart ze ook buiten zijn bedrijf. Inbreuk, daar de koop geschiedde in of voor bedrijf); Hof 's-Gravenhage 11 November 1940, B.I.E. 1941, 46 (Verkoop door faillissementscurator van radio-toestellen geschiedt in of voor bedrijf); Rb. Leeuwarden 6 Februari 1941, B.I.E. 1941, 134 (Verkoop namens een derde en aflevering van radiotoestel door een rijwielhandelaar tegen een provisie van f 2.50 is een bedrijfshandeling).

of van een ander onderdeel, dat geen bijzonder kenmerk der uitvinding vertoont, niet onder vervaardiging kunnen worden gerekend. Onrechtmatig tegenover den octrooihouder is de reparatie slechts dan, indien daarvoor gebruik wordt gemaakt van de uitvindingsgedachte, indien dus datgene wordt vernieuwd waarin het kenmerk der uitvinding is gelegen ⁹⁾).

Meer moeilijkheden biedt het in-verkeer-brengen van het geoctrooieerde voortbrengsel. De handel vertoont meer gevarieerde aspecten dan de industrie, dan het maken van het geoctrooieerde. Hier verlaat ons ook het richtsnoer van het toepassen der uitvindingsgedachte, immers in den handel in het geoctrooieerde is geen directe toepassing daarvan gelegen, daar toch de uitvindingsgedachte in het meerendeel der gevallen den handelaar onbekend kan zijn. Wij zullen moeten afgaan op de terminologisch-practische beteekenis van het woord; op de verkeersopvatting dus. Drucker ¹⁰⁾ bepleitte reeds een zoo ruim mogelijke uitlegging waar hij opmerkt, dat onder het in verkeer brengen is te verstaan: „alle wijzen van commercieele exploitatie der uitvinding, waardoor de octrooihouder wordt geschaad in zijne hem door de Wet toegedachte positie van den man, die met uitsluiting van anderen het geoctrooieerde voortbrengsel op de markt brengt”, een omschrijving die sterk herinnert aan de leer omtrent de onrechtmatige daad. Dus is onder in-verkeer-brengen te begrijpen ieder verkoopen, verhuren, afleveren, verruilen, schenken, verpanden, uitleenen, en wat men verder voor figuren wil bedenken, die verspreiding van het geoctrooieerde inhouden, zoomede het in voorraad hebben voor een of ander. Ook het aanbieden, adverteeren, tentoonstellen, demonstreeren e.dgl. zullen er onder kunnen worden gebracht.

⁹⁾ Vgl. omtrent reparatie van het geoctrooieerde voortbrengsel: Hof 's-Hertogenbosch 18 December 1934, B.I.E. 1935, 128, bevestigd in H.R. 6 Maart 1936, B.I.E. 1937, 39.

Een andere quaestie is deze, of reparatie aan een niet geoctrooieerd onderdeel van een inbreukmakend toestel een onrechtmatige daad kan opleveren tegen den octrooihouder. Die vraag werd bevestigend beantwoord door Rb. 's-Gravenhage 28 November 1939, B.I.E. 1940, 41, welk vonnis echter werd vernietigd door Hof, 's-Gravenhage 4 November 1940, B.I.E. 1941, 2. De Hoge Raad, arrest van 13 Maart 1942, B.I.E. 1942, 85, Octrooi en Merk 1942, Nr 44, achtte in dit geval slechts dan een onrechtmatige daad aanwezig, indien de reparateur zou handelen zonder redelijk belang met den toelag om den octrooihouder schade te berokkenen.

¹⁰⁾ Handboek, Nr. 267, blz. 307.

Zelfs al is het voortbrengsel nog niet vervaardigd kan er dus sprake zijn van in-verkeer-brengen, door demonstratie, opname van bestellingen e.dgl. ¹¹⁾).

Afzonderlijk dienen bij in-verkeer-brengen nog te worden besproken de figuren van invoer, uitvoer en doorvoer. In-verkeer-brengen ziet uiteraard, zooals het geheele art. 30, op handelingen in Nederland, dus territoriaal beperkt, verricht. De vraag is dan, of in- en uitvoer en ook doorvoer handelingen zijn, die opgevat moeten worden als in Nederland in-verkeer-brengen. Bij doorvoer is de vraag het makkelijkste op te lossen. Daar is, zooals uit het woord zelf blijkt, geen sprake van het brengen in het Nederlandsche verkeer. Dit impliceert, dat in- en uitvoer op zich zelf genomen ook vrij zijn, immers doorvoer is, bij opslag in entrepôt, de combinatie daarvan. Het invoeren, zoo dit door een bedrijf geschiedt, is uiteraard onrechtmatig, wanneer de bedoeling voorzit om in Nederland in het verkeer te brengen, aangezien het dan in-voorraad-hebben inhoudt. Dat de vervoerder, die het goed voor anderen onder zich heeft, bij aflevering hier te lande geen inbreuk maakt is beslist door H.R. 25 Mei 1941, B.I.E. 1941, 126, Octrooi en Merk 1942, Nr. 3.

Het begrip in-verkeer-brengen heeft nog beteekenis voor het tweede lid van art. 30 O.W. waar wordt bepaald, dat, indien een voortbrengsel eenmaal rechtmatig in het verkeer is gebracht, de verkrijger en latere houders niet in strijd handelen met het octrooi door verdere in-verkeer-brenging of gebruik. Er wordt over getwist, of een voortbrengsel rechtmatig in het verkeer is gebracht, indien het zonder van den octrooihouder afkomstig te zijn, toch niet in strijd met art. 30 in het verkeer

¹¹⁾ Aarzelend Drucker, Handboek, Nr. 272, blz. 309. Vgl. President Amsterdam 20 September 1937, B.I.E. 1938, 5, N.J. 1938, Nr. 327, waar het opnemen van bestellingen op in het buitenland vervaardigde, dus in Nederland niet-vervaardigde, duimen onder in-verkeer-brengen wordt gebracht. Het vonnis vond bestrijding door Telders, Handboek, blz. 263.

Overige Jurisprudentie omtrent in-verkeer-brengen: Rb. Maastricht 19 December 1935, B.I.E. 1936, 17 (Vertooning van een model van geoctrooieerde closetspoeler is in-verkeer-brengen); Anders: Hof 's-Gravenhage 19 December 1932, B.I.E. 1933, 40 (Geen in-verkeer-brengen indien monster eigendom blijft van den vervaardiger en moet worden teruggezonden).

is geraakt, bijv. afkomstig van een particulier of vervaardigd vóór openbaarmaking der octrooiaanvraag ¹²⁾).

Gebruiken van het geoctrooieerde voortbrengsel is de slotsteen van het aan den octrooihouder in de wet toegekende recht. Wat daaronder is te verstaan zal voor een ieder duidelijk zijn, evenzeer als het feit, dat de term veelomvattend is. Men zegt wel, dat het gebruik eerst dan inbreuk oplevert, indien het plaats vindt voor het doel der uitvinding. Met deze laatste nadere bepaling dient groote voorzichtigheid te worden betracht. Drucker ¹³⁾ noemt ter illustratie een voorbeeld, hierop neerkomende, dat indien iemand een geoctrooieerde granaat als presse-papier gebruikt, geen inbreuk op het recht van den octrooihouder wordt gemaakt, daar het gebruik dan niet overeenkomstig het doel der uitvinding is. Als duidelijke illustratie mag dit voorbeeld, vanwege de groote verwijderdheid der doeleinden, qualiteiten hebben. Op zich beschouwd, is het gekunsteld te achten. Indien een geladen granaat in het bureau van een wapenfabriek wordt aangetroffen, zal toch niemand willen gelooven, dat ze enkel als presse-papier dient, zelfs niet wanneer er eenige papieren onder zouden liggen. De toegevoegde bepaling, nopens het doel der uitvinding, zal men dan ook, bij gebruik van het uitgevondene, zoo hebben te verstaan, dat gebruik van het uitgevonden voortbrengsel steeds inbreuk oplevert, doch slechts dan niet, wanneer wordt aangetoond, dat het gebruik voor geheel andere doeleinden *moet* plaats hebben ¹⁴⁾.

¹²⁾ Zie laatstelijk H.R. 6 Juni 1941, B.I.E. 1941, 129, Octrooi en Merk 1942, Nr. 4. Vgl. Mr F. J. A. Hijink, B.I.E. 1941, 130; Ir J. Wijsman, B.I.E. 1941, 125; Mr J. Verzett, Octrooi en Merk 1942, 2; en de daar vermelde literatuur en rechtspraak.

¹³⁾ Handboek, blz. 311.

¹⁴⁾ In de praktijk treft men slechts zelden gevallen, dat voor andere doeleinden gebruik van het geoctrooieerde wordt gemaakt. Meestal zal de bewering daaromtrent een kennelijke chicane zijn en zal in dit verband het doel van het gebruik irrelevant worden geacht. Wel zijn er beslissingen gepubliceerd over gevallen, waarin de gedaagde er zich op beriep, dat onder bepaalde omstandigheden het doel, waarvoor een bepaald middel ingevolge het octrooi zou moeten worden aangewend, niet kan worden verwezenlijkt. Zie bijv. het arrest van den Hoogen Raad van 8 Mei 1942, N.J. 1942, Nr. 519, Octrooi en Merk 1942, Nr. 28 met annotering. Het betrof hier het octrooi 10773 Ned. van Handley Page Ltd., voor vleugels van vliegtuigen, waarbij door het aanbrengen van spleten wordt gezorgd, dat bij grooten invalshoek de luchtstroaming op den vleugel niet loslaat, zoodat de draagkracht onder die omstandigheden wordt vergroot. De K.L.M. bezigde Fokker-vliegtuigen, waarvan de vleugels waren voorzien van remkleppen en ailerons, die eveneens spleten in het vleugelvlak vormen.

Moeilijkheden doen zich met name voor, indien de door een doel in het octrooi bepaalde middelen, ook voor andere doeleinden kunnen worden aangewend, of wanneer bereiking van het doel uit het octrooischrift toevallig een nevenverschijnsel is, bij met een soortgelijk middel nagestreefd ander doel. Alsdan mag niet uit het oog worden verloren, dat hoezeer ook van de leer der uitvinding geen gebruik wordt gemaakt, toch daarin een toepassing der uitvinding is gelegen, indien noodwendig de in het octrooi beoogde voordeelen tevens volgen.

Evenzeer geldt dit voor het onbewuste gebruik van het uitgevondene, waarover bij de voorgebruikshandeling nog zal worden gesproken.

Naast direct gebruik zal ook indirect gebruik onder het uitsluitend recht van den octrooihouder zijn begrepen, evenals ook indirect vervaardigen, indirect in-verkeer-brengen en indirect toepassen octrooiinbreuk oplevert. Wat is onder deze indirecte octrooiinbreuk te verstaan? Naar het schijnt kan dit zoo worden omschreven, dat daaronder valt het toepassen der uitvinding door een begin van uitvoering, door verschaffing van middelen, zoodanig, dat iemand — die mogelijk niet door het octrooi wordt getroffen, bijvoorbeeld doordat hij niet in of voor zijn bedrijf werkt — direct tot het profijt van de uitvinding wordt toegelaten. Bij werkwijzen kan van indirecte toepassing sprake zijn, wanneer ingrediënten of inrichtingen ter beschikking worden gesteld, die typisch zijn gekarakteriseerd door directe geschiktheid voor de toepassing der werkwijze. De indirecte inbreuk wordt in deze gevallen gepleegd door den handel in — mogelijk ook door vervaardiging van — de voor de werkwijze benoodigde machines of grondstoffen, die voor de toepassing *bijzonderlijk* zijn geëigend. Bij voortbrengsels treft men de indirecte octrooiinbreuk in den handel in onderdeelen, die zoo zijn samengevoegd, dat het geoctrooieerde daar met geene andere dan gewone middelen uit kan worden vervaardigd. Ook indien een enkel speciaal geconstrueerd onderdeel noodwendigerwijze, na aanbrenging in het geheel, tot de belichaming der uitvinding

Met deze remkleppen en ailerons werd uiteraard een ander doel nagestreefd dan met de spleten van Handley Page, evenwel ware daarbij toch ook verwezenlijking van het in het octrooi gestelde doel mogelijk. De K.L.M. betoogde, als verweerster, dat onder de zich bij het Fokker-toestel voordoende omstandigheden nimmer het door Handley Page in haar octrooi gestelde doel kon worden bereikt.

voert, zal het aanmaken, resp. verhandelen of gebruik van dat onderdeel inbreuk opleveren. Al deze handelingen zijn uiteraard alleen dan als octrooiinbreuk te beschouwen, als zij op zich zelf staan in dien zin, dat ze niet ten behoeve van den octrooihouder, licentiehouder of een andere rechthebbende worden uitgevoerd.

Het vraagstuk van de indirecte octrooiinbreuk kwam hier te lande eerst vrij laat aan de orde. De eerste gepubliceerde rechterlijke beslissing dateert van 1929 ¹⁵⁾. Vandaar dat men bij de schrijvers weinig eenstemmigheid aantreft. Drucker, in wiens tijd nog geen rechterlijke beslissingen waren gevallen, verwijst naar de Duitsche literatuur en rechtspraak nopens de

¹⁵⁾ Rb. 's-Gravenhage 23 April 1929, W 12060, bevestigd in Hof 's-Gravenhage 25 November 1929, W 12064, N.J. 1930, 245, betreffend een lamp, die zelf geen inbreuk makend, door een bijgevoegde gebruiksaanwijzing overeenkomstig het octrooi was op te stellen. De beslissing is bevestigd door H.R. 20 Juni 1930, W 12147, N.J. 1930, 1217.

Verdere gevallen vindt men in: President Amsterdam 15 December 1931, B.I.E. 1934, 52; Hof 's-Gravenhage 15 Februari 1932, W 12425, N.J. 1932, 364, Octrooi en Merk 1932, 63; President 's-Gravenhage 22 Februari 1932, W 12406, N.J. 1932, 365 (radiobouwdoozen); President Amsterdam 26 Februari 1932, W 12452, N.J. 1932, 1293; President Rotterdam 2 December 1932, B.I.E. 1933, 8; President Amsterdam 13 April 1933, B.I.E. 1933, 74; Rb. 's-Gravenhage 23 Mei 1933, W 12603, B.I.E. 1933, 75; Rb. 's-Gravenhage 4 December 1934, B.I.E. 1935, 44 (Verhuur van zendinstallatie door welker gebruik inbreuk wordt gemaakt op een werkwijze-octrooi); Rb. Amsterdam 26 April 1935, B.I.E. 1935, 86; Rb. Amsterdam 6 Maart 1936, B.I.E. 1937, 18; Rb. Amsterdam 11 December 1936, B.I.E. 1937, 57 bevestigd in Hof Amsterdam 30 Maart 1938, B.I.E. 1938, 86; Hof 's-Gravenhage 13 Juni 1935, B.I.E. 1935, 97 bevestigd in H.R. 17 Februari 1936, B.I.E. 1936, 86, N.J. 1936, Nr. 555 (Bakplaat voor beschuitbollen waarmede inbreuk wordt gemaakt op werkwijze-octrooi. Geen inbreuk aanwezig geacht, wijl verweersters niet behoefden te weten, dat inbreuk zou worden gemaakt); Rb. Almelo 6 Januari 1937, B.I.E. 1937, 79 (Bevochtigingsmiddel dienend voor geotrooieerde werkwijze); Rb. Roermond 27 Januari 1938, B.I.E. 1938, 68; President Amsterdam 18 November 1938, B.I.E. 1938, 42; Rb. 's-Gravenhage 21 April 1939, B.I.E. 1939, 103; Hof Amsterdam 7 Juni 1939, B.I.E. 1939, 112; Rb. Amsterdam 26 Juni 1940, B.I.E. 1941, Nr. 86; Hof Amsterdam 2 Januari 1942, B.I.E. 1942, Nr. 67, Octrooi en Merk 1942, Nr. 43 (Radiobouwdoozen, waarmede zoowel inbreukmakend als niet-inbreukmakend toestel kan worden vervaardigd. Inbreuk aangenomen op grond van het bouwschema).

Een enkele oudere beslissing ging in andere richting, zoo Rb. Amsterdam 13 November 1931, bevestigd door Hof Amsterdam 13 October 1932, B.I.E. 1933, 15, W 12539, N.J. 1933, 135, in welke zaak werd beslist, dat schuimbrandblusapparaten, bestemd voor de uitvoering der geotrooieerde werkwijze, geen indirecte inbreuk maken op het werkwijze-octrooi. Vgl. over deze zaak nog Mr. C. D. Salomonson in W. 12545, 8.

„mittelbare Patentverletzung” en meent — ten onrechte zooals thans is gebleken — dat de indirecte toepassing der uitvinding niet is te brengen onder de uitsluitende rechten van den octrooihouder ¹⁶⁾. Hij zag het belang der aangelegenheid nochtans wel in. Dit is ook in het oog vallend, indien men bedenkt, dat vele octrooien, in het bijzonder die voor werkwijzen en inrichtingen, zelfs door den octrooihouder commercieel niet anders dan indirect worden geëxploiteerd. Bezien wij bijv. eens een werkwijze voor het apprêteeren van textielproducten met een bijzonder apprêteeringsmiddel. De octrooihouder kan uit den aard der zaak niet al dergelijke apprêteeringen tot zich trekken, ter uitvoering eventueel in eigen bedrijf. Exploitatie door uitgifte van het groote aantal licenties als hier vereischt, is, commercieel bezien, geen eenvoudige en willige zaak. Vandaar, dat men in de practijk welhaast *s t e e d s* den vorm kiest, dat men het apprêteeringsmiddel verkoopt aan gegadigden, die door dien koop tevens mede een licentie krijgen voor de daarmee te behandelen quantiteit stoffen. Deze vorm van exploitatie is de normaal gebruikelijke. Hierbij mag voorts niet worden vergeten, dat het al zeer lastig is na te gaan, of inbreuk op een werkwijze wordt gepleegd, die gemeenlijk wordt voltrokken in de zoo ontoegankelijk mogelijk gehouden binnenkamers der industrie. Zou dus de handel in een typisch ingrediënt, die de normale vorm van exploitatie van vele uitvindingen op dit gebied is, buiten de uitsluitende bevoegdheid van den octrooihouder vallen, dan is het duidelijk, dat deze zich veel — men mag de octrooimoraal in de industrie in doorsnee niet te hoog aanslaan — van zijn rechtmatig revenu zal zien ontgaan.

Nadat in Duitschland dan ook de jurisprudentie was omgezwaaid ten gunste van de voor de werkwijze- en inrichtingen-octrooien zoo belangrijke „mittelbare Patentverletzung” ¹⁷⁾,

¹⁶⁾ Drucker, Handboek, Nr. 268, blz. 308.

¹⁷⁾ Reichsgericht 25 Maart 1927, o.a. te vinden in G.R.U.R. 32-(1927)-696. Deze leer is naderhand steeds bevestigd in een reeks van beslissingen.

Het leerstuk der „mittelbare Benutzung” is ontwikkeld door Rudolf Isay in het tijdschrift *Markenschutz und Wettbewerb* 10-(1910)-79 en daarna sterk verdedigd door Hermann Isay in zijn werk *Patentgesetz* (Zie 5e Aufl., Berlin 1931, S. 236). Rudolf Isay gebruikte ter illustratie een voorbeeld, waaruit op saillante wijze de mittelbare Benutzung blijkt en dat men bij vele Deutsche schrijvers vindt overgenomen: Het D.R.P. 135418 beschermt een werkwijze voor de bereiding van koolzure

deden zich ook in de rechtspraak ten onzent verschillende gevallen voor. De Haan kon in zijn bewerking van Léon's Rechtspraak er reeds enkele opnemen ¹⁸⁾. Hij karakteriseert in zijn aantekening de indirecte octrooïnbreuk niet, maar beperkt zich slechts tot het weergeven van twee categorieën van gevallen, die zich hadden voorgedaan, n.l. het samengevoegd verkoopen van onderdeelen met de kennelijke bedoeling er het geoctrooieerde voortbrengsel uit te doen samenstellen, en den verkoop van een voortbrengsel, waarmede een geoctrooieerde werkwijze kan worden toegepast. Later omschreef Telders ¹⁹⁾ de indirecte octrooïnbreuk als „verschaffing van middelen benodigd of geschikt tot het toepassen eener geoctrooieerde werkwijze”. Deze omschrijving lijkt niet juist. Allereerst worden de voortbrengsels niet genoemd, ten aanzien waarvan indirecte octrooïnbreuk evenzeer kan voorkomen. Bovendien kan in de enkele verschaffing van middelen *benodigd* of *geschikt* tot het toepassen eener geoctrooieerde werkwijze nog geen octrooïnbreuk zijn gelegen. Degeen die smeerolie levert, ter smering van inbreuk makende machines, maakt nimmer inbreuk. Naar het schijnt moet wel den eisch worden gesteld, dat in de levering dier middelen zelf de kennelijke bedoeling is gelegen, dat daarmede het geoctrooieerde zal worden verwezenlijkt. Dan is er ook sprake van octrooïnbreuk in den eigenlijken zin en behoeft

baden, waarvan de conclusie luidt: „Verfahren zur Herstellung kohlensaurer Bäder, bei welchem die Kohlensäureentwicklung und die etwaige Parfümierung für die ganze Badeflüssigkeit gleichmässig stattfindet, dadurch gekennzeichnet, dass zur Freimachung der Kohlensäure in dem mit Natriumbikarbonat versetzten Badewasser eine Mischung von Essigsäure und Chlorkalzium, der behufs Parfümierung ätherisches Oel zugesetzt werden kann, angewendet wird”.

Daar het baden een hoogst huiselijke bezigheid vormt, zoodat „gewerbsmässige” toepassing wel zeer zelden voor zou kunnen komen, bleef den octrooihouder geen andere weg tot exploitatie der uitvinding, dan het in den handel brengen van de verpakte ingrediënten voor dit bad. Het voorbeeld doet zeer treffend zien, dat het bewuste octrooi een nonvaleur zou zijn, als de verkoop dier gereedgemaakte baden onbeschermd ware.

Vgl. voorts Mr. H. Pfeffer, Middelijke octrooïnbreuk in De Naamlooze Vennootschap 18-(1939/40)-105.

¹⁸⁾ Léons Rechtspraak, De Octrooiwet, Supplement, blz. 458 v.v., vgl. ook blz. 533.

¹⁹⁾ Handboek, blz. 273, Nr. 295; vgl. ook zijn annotatie in B.I.E. 1934, 144. Telders maakt overigens een onderscheid bij de indirecte octrooïnbreuk. In het leveren van bijv. een bouwdoos voor radiotoestellen ziet hij directe octrooïnbreuk, vgl. Nr. 279, blz. 258.

men zich niet af te vragen, of de wetenschap omtrent de te plegen inbreuk (of toepassing buiten bedrijf) aanwezig is. Die wetenschap kan van belang zijn voor de desbewustheidseisch in verband met schadevergoeding volgens art. 43 O.W., voor het inbreukmakend karakter der handelingen is zij zonder belang²⁰⁾. Telders meent die wetenschap om andere redenen noodig te hebben. Hij ziet n.l. in de indirecte inbreuk geen inbreuk in den eigenlijken zin, doch zoekt via medeplichtigheid aan het strafbare feit van art. 45 O.W. de bestrijding in de onrechtmatige daad. In deze constructie schuilt een onvolkomenheid, n.l. dat zij enkel dan helpt, wanneer inderdaad de verkrijger inbreuk pleegt, niet in het klassieke geval, dat de verkrijger geen inbreuk pleegt, omdat hij niet toepast in of voor zijn bedrijf. De middellijke octrooi-inbreuk is juist in het laatste geval van belang, omdat zij immers het eenige wapen vormt. In het geval van inbreuk door den verkrijger kan men altijd dezen aantasten en is dus de middellijke actie van niet zóó'n groot belang. Bovendien, waarom het zwaartepunt steeds weer naar 1401 B.W. verlegd, indien een redelijke uitleg van art. 30 O.W. tot voor de practijk gelijke resultaten leidt?

Van de indirecte octrooi-inbreuk moeten wel worden onderscheiden die handelingen, welke onrechtmatig kunnen zijn tegenover den octrooihouder zonder dat daarbij gebruik wordt gemaakt van de uitvindingsgedachte. Telders spreekt bijvoorbeeld over het leveren van grondstoffen voor de inbreukmakende werkwijze. Wanneer zulke grondstoffen niet typisch zijn voor die werkwijze en evengoed ergens anders voor kunnen worden gebruikt, mag men zoiets onrechtmatig achten, indien het wordt gedaan met de wetenschap, dat inbreuk er mede zal worden gepleegd, doch dit heeft evenmin iets met octrooi-inbreuk qua talis te maken, als het feit, dat men levering van grondstoffen aan den octrooihouder zou weigeren. Er is dan geen toepassing van de uitvinding in gelegen.

Voor het product (de wet spreekt van „stof”), verkregen onder toepassing eener geoctrooïeerde werkwijze, geldt het

²⁰⁾ Anders: Rb. Almelo 6 Januari 1937, B.I.E. 1937, 79, die overweegt: „dat toch die handelingen, ook al vallen zij niet onder de in art.30, eerste lid der Octrooiwet genoemde, zeer wel onder omstandigheden een onrechtmatige daad kunnen opleveren.”

zelfde, als voor een geoctrooieerd voortbrengsel wat betreft in-verkeer-brengen en gebruiken. In dit bestek kan niet worden ingegaan op den meeningenstrijd over de beteekenis van het woord „stof” in art. 30. De door Telders ²¹⁾ uitvoerig geargumenteerde stelling, dat in art. 30 in plaats van „stof” product moet worden gelezen, kan volkomen worden onderschreven en ook de beslissing van den Hoogen Raad van 10 Mei 1940, N.J. 1940, Nr. 919, B.I.E. 1940, 63, overtuigt niet van het tegendeel. Voorshands zal er echter rekening mede moeten worden gehouden, dat het na zoo fellen strijd gewezen arrest van den Hoogen Raad niet vlug zal worden herzien, zoodat men in practische gevallen art. 30 tot „stof” beperkt zal dienen te achten, waar het het product eener werkwijze betreft.

Ten slotte rijst nog de vraag of art. 30 aan den octrooihouder een positief toepassingsrecht geeft. Naar het ons voorkomt, bestaat er geen aanleiding tot deze opvatting. Al is het wetsartikel, tengevolge der wijziging tijdens de behandeling in de Kamer, in positieven zin gesteld, in wezen houdt het toch een verbodsbepaling in, daar de klemtoon op het uitsluitende van het recht valt. Het octrooi geeft niet zonder meer aan den houder het recht om de uitvinding ook inderdaad toe te passen. Er kunnen andere wetsbepalingen bestaan, die de toepassing van het geoctrooieerde verbieden en waar de octrooihouder zich, ondanks zijn octrooi, aan heeft te houden ²²⁾. Een positief toepassingsrecht geeft het octrooi dus niet, doch slechts een verbodsrecht tegen gebruik door een ander. Of t.a.v. octrooien, welke niet mogen worden toegepast, voorgebruiksrecht kan zijn ontstaan, zullen wij nader zien.

²¹⁾ Handboek, blz. 264 v.v., Nr. 288.

De „stof”-strijd is heftig ontbrand in de bekende „Singmaster”-procedure inzake het Nederlandsche octrooi Nr. 37773 voor gematteerde kunstzijde. Er is zelfs door een Italiaansch advocaat in de Fransche taal een boekje over verschenen: Natale Mazzolà, *De la réglementation des brevets de procédé et de la notion de matière (stof) aux termes de la loi néerlandaise sur les brevets*, Milaan 1938.

Vgl. verder Mr. J. K. Schellenbach, B.I.E. 1939, 13 en 19; Prof. Mr. B. M. Telders, B.I.E. 1939, 14 en B.I.E. 1940, 62.

²²⁾ Zie hierover een lezenswaardig artikel van Ir. C. M. R. Davidson, *Weigering van octrooien op grond van de warenwet*, Octrooi en Merk 5-(1932)-82. Davidson heeft met dit artikel inderdaad bereikt, dat de Octrooiraad verder octrooi is gaan verleen voor werkwijzen en voortbrengsels, welker toepassing op grond der warenwet, althans voor het Koninkrijk in Europa, niet is toegestaan.

HOOFDSTUK III.

DE GESCHIEDENIS VAN HET ONTSTAAN VAN HET VOORGEBRUIKSRECHT.

Omtrent de geschiedenis van het ontstaan van het voor-gebruiksrecht ligt veel in het duister. Deze loopt geenszins parallel met de geschiedenis van het octrooirecht zelf. Voor het laatste neemt men veelal aan, dat het Statute van Westminster, gegeven door James I in 1623, als den aanvang van het moderne octrooirecht is te beschouwen. Daarvóór zijn slechts privilege's verleend, die, hoezeer sommigen, vooral buiten Engeland, zeker nieuwe, althans nieuw in te voeren, industrieën tot voorwerp hadden, toch steeds het karakter van een vorstelijke gunst, of iets wat daar nauw mede samenhang, tot grondslag hadden. Het Statute van 1623 nu, bevat in Section 6 de verklaring, dat 14-jarige octrooien zullen blijven worden verleend aan de *true and first inventors of any matter of new and useful manufactures*. In dit systeem is voor voorgebruiksrecht geen plaats, als het octrooi enkel slechts aan den werkelijken *eersten* uitvinder gaat worden verleend, een systeem, dat nog heden ten dage in Engeland en Amerika heerscht en dat men vooral in Amerika met veel scherpste tracht door te voeren. Deze landen huldigen het zgn. uitvindersprincipe, kennen het octrooi toe aan den *eersten* uitvinder, die het aan een ander — te kwader of goeder trouw — verleende octrooi steeds kan opvorderen, zooals in Amerika, of kan nietig doen verklaren, zooals in Engeland. De tegenhanger van het uitvindersprincipe is het aanvragersprincipe (Anmelder-prinzip), volgens hetwelk het octrooi, behoudens ontleening, wordt toegekend aan den eersten aanvrager, die involge een fictie der wet — zie ten onzent art. 6 O.W. — voor den uitvinder wordt gehouden. Alleen in dit laatste systeem, dat voor het eerst wordt aangetroffen in de octrooiwetten der vorige eeuw, is er plaats voor voorgebruiksrecht. Het is dan steeds mogelijk, dat de eerste aanvrager

weliswaar onafhankelijk uitvinder is, doch dat een ander eerder of ook later, maar in elk geval vóór den indieningsdatum der octrooiaanvraag, de uitvinding ook heeft gedaan en reeds practisch onder geheimhouding in toepassing bracht. Laatstgenoemde kan om eigenbatige redenen de uitvinding hebben geheim gehouden. Het behoeft echter niet steeds zoo te zijn. Hij kan ook het uitvindingskarakter van hetgeen hij deed niet hebben onderkend en evenzeer is mogelijk, dat hij onbekend was met de octrooiwetgeving, of zich niet den administratieven rompslomp, die nu eenmaal met octrooien is verbonden, op den hals wilde halen. Hij kan dus alleszins om te billijken redenen zijn vinding hebben geheim gehouden.

De overgang van het uitvindersprincipe naar het aanvragersprincipe had plaats in het begin der 19e eeuw in de wetgevingen van het continentale Europa.

Aangenomen mag worden, dat de eerste Fransche octrooiwet van 7 Januari 1791, wier ontstaan wij in Hoofdstuk I hebben gezien, nog in navolging der angelsaksische wetgeving op het uitvindersprincipe stond, zoodat men onder de vigueur dier wet niet naar voorgebruiksrecht behoeft te zoeken ¹⁾. Dit werd uitdrukkelijk anders, om nu bij Frankrijk te blijven, onder de wet van 5 Juli 1844, de l0g heerschende. Deze, die gelijk wij reeds zagen in meerdere opzichten veranderingen bracht, is tot het aanvragersprincipe overgegaan en dan rijst de vraag, wat rechtens is t.a.v. iemand, die tevoren het ge-octrooieerde reeds heeft toegepast, toen er, bij niet-aanwezigheid van eenig octrooirecht, volkomen de geheiligde vrijheid om zulks te doen, bestond. De wet zweeg op dit punt, dat klaar-

¹⁾ De wet zeide dit niet met zooveel woorden; sprak slechts van „uitvinder”, wat echter in de practijk tot prioriteitsquaestie's aanleiding gaf.

De uitvindersprioriteit is ook aan de orde gekomen in het roemruchte gesprek van Napoleon met zijn broeder Lucien, destijds minister van Handel, over het octrooi voor de „onzichtbare dame”, welk gesprek heeft geleid tot de opname in de Fransche octrooischriften van den zin „sans garantie du gouvernement”; Beschikking der Consuls van 5 vendémiaire an IX (27 Sept. 1800).

De regeling der uitvindersprioriteit heeft langer op zich doen wachten. Eerst in een keizerlijk decreet van 25 Januari 1807, gegeven in het legerkamp van Warschau, is in art. 2 bepaald: „La priorité d'invention, dans le cas de contestation entre deux brevetés pour le même objet, est acquise à celui qui le premier a fait, au secrétariat de la préfecture du département de son domicile, le dépôt de pièces exigé par l'article 4 de la loi du 7 janvier 1791”. Renouard, *Traité*, blz. 114.

blijkelijk niet was voorzien, en merkwaardig genoeg is dien toestand tot op den huidigen dag bestendig. De Fransche rechter evenwel, zag zich spoedig voor het vraagstuk gesteld. In 1849 reeds, is het eerste arrest van het Cour de Cassation gewezen inzake Witz-Meunier/Godfroy-Muller.²⁾ Waarschijnlijk is het voor de ontwikkeling van het instituut van het voorgebruiksrecht in Frankrijk een zeer gelukkige omstandigheid geweest, dat zoo kort na de invoering der nieuwe wet de hoogste rechter hiervoor werd gesteld. Een nieuwe wet immers, maakt overgangsrecht, ter bescherming van inmiddels verkregen rechten, noodzakelijk en het was juist op een dergelijk verkregen recht, dat de voorgebruiker zich in dit geval beriep. Hij voerde aan, dat hij vóór de verleening van het octrooi geheel vrij was zijn werkwijze te benutten en dat hij door het toepassen daarvan een verkregen recht had, dat door de latere verleening van het octrooi niet zonder meer ongedaan kon worden gemaakt. Het is begrijpelijk, dat dit argument, kort na de invoering der nieuwe wet, zijn indruk niet heeft gemist. De voorgebruiker had intusschen nog een andere pijl op zijn boog. Hij bestreedt n.l. de nieuwhed der uitvinding, zooal in absoluten zin, doch in elk geval in relatieven zin, d.w.z. tegenover hem als voorgebruiker. Dit laatste treft men nog door Fransche schrijvers verdedigd en wordt in de rechtspraak ook nog als eens vermeld. De nieuwhed achtte het Cour de Cassation intusschen door het geheime voorgebruik niet aangetast en de „*possession antérieure*” laat dus het octrooi in het algemeen onaangetast, echter met dien verstande dat er geen rechten uit kunnen worden geldend gemaakt met betrekking tot den voorgebruiker. Het beginsel der verkregen rechten werd erkend. Het Cour de Cassation overwoog aldus: „*LA COUR, etc.; Attendu que la loi du 5 Juillet 1844, en conférant par son art. 1er, et sous les conditions qu'elle établit, à l'auteur de toute nouvelle découverte ou invention, le droit exclusif de l'exploiter à son profit, n'a point entendu porter atteinte aux droits acquis à des tiers par une possession antérieure; que les brevets d'inventions sont délivrés par le gouvernement sans garantie du mérite et de la priorité de l'inven-*

²⁾ Cour de Cassation 30 Maart 1849, Sirey, Recueil général des lois et des arrêts 1850, Deuxième Série, I, p. 70.

tion; — Que l'exercice d'un procédé préexistant à tout brevet d'invention obtenu plus tard, pour ce même procédé, est placé sous la protection des principes généraux qui consacrent la liberté de l'industrie; que celui qui est en possession de ce procédé n'est point soumis pour sa conservation à justifier qu'il l'a exécuté avec publicité; que l'art 31 de la loi n'impose l'obligation de prouver une publicité suffisante d'exécution qu'à celui qui, contestant la nouveauté de l'invention, demande la déchéance du brevet, et qu'à l'égard de celui qui oppose au trouble apporté à son industrie une possession antérieure non publique, mais susceptible d'être prouvée par les voies de droit, cette possession forme une exception légale contre le trouble et une défense péremptoire contre la poursuite en contrefaçon; qu'enfin cette exception laisse subsister les faits généraux du brevet, et qu'elle a seulement pour résultat d'établir qu'il est sans valeur relative quant à celui qui pratiquait antérieurement le procédé objet du brevet; — Attendu que Witz-Meunier avait conclu à être admis à prouver, tant par témoin que par expert, qu'avant l'obtention du brevet de Muller, il avait déjà fabriqué et livré à la consommation de la gomme indigène semblable à celle saisie et renfermant par conséquent de la gomme adragante, qu'ainsi le procédé breveté était déjà connu et employé par Witz-Meunier; — Que ces faits ainsi articulés étaient pertinens; qu'ils constituaient une exception valable contre la poursuite en contrefaçon qui formait l'objet principal de l'instance correctionnelle et qu'en rejetant l'offre de preuve par le motif que les faits auraient eu lieu sans divulgation du procédé, l'arrêt attaqué a méconnu les droits résultant de l'ancienne possession invoquée par Witz-Meunier et qu'il a fausement appliqué et violé les articles ci-dessus cités; — Casse l'arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 7 Juin dernier, etc."

Het duurde niet lang alvorens een tweede gedaagde in een „poursuite en contrefaçon” zich op de „possession personnelle” beriep in een zaak, die eveneens tot voor het Cour de Cassation kwam. ³⁾ De relatieve niet-nieuwheid van de uitvinding tegenover den voorgebruiker is in dit arrest meer op den voorgrond

³⁾ Cour de Cassation 23 Februari 1856, Sirey 1857, Deuxième Série, I, p. 159; Ann. 57, 271.

gekomen: „LA COUR; — Attendu qu'il est constaté par l'arrêt attaqué que Pelletier, antérieurement au brevet du 15 Juillet 1854, obtenu par Delavelle, était en possession de fabriquer et livrer au commerce des cartes à dents cintrées; qu'il avait reçu à cet égard des commandes de divers filateurs; que ces demandes avaient été exécutées; — Attendu qu'une possession de cette nature est une exception légale contre le trouble apporté par le tiers breveté à une industrie librement pratiquée; qu'elle forme une défense péremptoire contre la poursuite en contrefaçon; que, ne fût-elle pas publique, elle enlève au procédé breveté, *au moins en ce qui concerne celui qui est devenu l'objet de la plainte, tout caractère de nouveauté* ⁴⁾, et elle ne peut, dès lors, être annulée dans ses effets par un brevet pris au préjudice d'un droit antérieurement exercé; — Attendu, que, dans cet état des faits, l'arrêt attaqué, en pronorçant le renvoi de l'action en contrefaçon, a sainement appliqué les dispositions de la loi; — Rejette, etc."

Nog in hetzelfde jaar wees het Hof in Nancy 16 December 1856, Ann. 57, 272, een belangrijk arrest betreffende de vereischen voor het voorgebruiksrecht: „il lui suffit de prouver qu'il était personnellement en possession du procédé breveté avant le dépôt de cette demande". Het bezit der uitvinding is dus alleen reeds voldoende.

Intusschen de primeur van het voorgebruiksrecht had Frankrijk geenszins. Tevoren was dit reeds in Deutschland bekend. Nopens de redenen, waarom dit recht werd ingevoerd, is bij gebreke aan bronnen niets te vinden. Een der eerste regelingen van het Octrooirecht in de Deutsche landen treft men in Pruissen; Publikandum vom 14 Oktober 1815. In § 8 van dit Publikandum is het „Vorbenutzungsrecht" omschreven ⁵⁾. Waarom dit recht bleef voorbehouden is, zooals reeds gezegd, door gemis aan bronnen niet na te gaan en deze omstandigheid doet zich in gelijke mate voor bij de regeling in de andere Deutsche landen, die Pruissen langzaam zijn gevolgd: Beyeren, Gewerbegesetz vom 11. September 1834, § 109 Ziff. 2 der Verordnung vom 21 April 1862; Saksen,

⁴⁾ Cursiveering van mij.

⁵⁾ Petzold in G.R.U.R. 42-(1937)-581, zie speciaal blz. 582, III, Die geschichtliche Entwicklung des Vorbenutzungsrechts.

Verordnung vom 20 Januar 1853, § 7 I; Württemberg, Revidierte Gewerbeordnung vom 5. September 1836, Art. 155, Abs. 2. In de wetgeving der Deutsche staten werd ook op het gebied van het octrooirecht meer eenheid gebracht door een overeenkomst der bij de Zoll- und Handelsverein (de Deutsche Bond) aangesloten regeeringen, welke op 21 September 1842 tot stand kwam. In deze overeenkomst treft art. VI voorzieningen voor het voorgebruiksrecht: „Art. VI. Wenn nach Erteilung eines Patents der Nachweis erbracht wird, dass die Voraussetzung der Neuheit und Eigentümlichkeit nicht begründet gewesen sei, so soll dasselbe sofort zurückgenommen werden. In solchen Fällen, wo der patentierte Gegenstand zwar einzelnen schon früher bekannt gewesen, von diesen jedoch geheimgehalten worden ist, bleibt das Patent, soweit dessen Aufhebung nicht etwa durch anderweitige Umstände bedingt wird, zwar bei Kräften, jedoch gegen die gedachten Personen ohne Wirkung“ ⁶⁾)

Hier ziet men, wat de bestaansvoorwaarde van het voorgebruiksrecht betreft, geheel dezelfde lijn gevolgd als in Frankrijk; het bloote bezit der uitvinding is daartoe voldoende.

Deze voorwaarde treft men niet meer aan in de wetsontwerpen van de Patentschutzverein en van de Deutsche Chemische Gesellschaft, beide van 1875, die tot de eerste Rijkswet van 25 Mei 1877 hebben gevoerd. In beide ontwerpen wordt in § 2 gesproken van „geheime Benutzung“, zoodat hier voor het eerst, zonder dat daarvoor een afdoende reden is aangevoerd, niet meer enkel het bezit, het kennen der uitvinding als voorwaarde is gesteld, doch aanvullend een feitelijke gebruikshandeling wordt vereischt. De beide ontwerpen bepalen overigens wat betreft het voorgebruiksrecht in eerste instantie, dat het geheime voorgebruik niet de nieuwigheid der uitvinding schaadt. Men zou hier dus de situatie nog steeds zoo kunnen zien, dat het voorgebruiksrecht zijn grond vindt in een relatief nieuwigheidsbezwaar, n.l. relatief inzooverre het de nieuwigheid en dus de kracht van het Patent enkel tegenover den voorgebruiker wegneemt.

§ 2 van het ontwerp van de Deutsche Chemische Gesellschaft luidde:

⁶⁾ Dipl. Ing. Dietrich Kurlbaum, Das Vorbenutzungsrecht. Leipzig 1933, blz. 8.

„Die geheime Benutzung einer Erfindung hindert nicht die Erteilung des Patents an einen anderen, unbeschadet des Rechts desjenigen, welcher die Erfindung bisher geheim benutzt hat, sie fernerhin zu benutzen”.

Het wetsontwerp, dat heeft geleid tot de Rijkswet van 1877, omschrijft iets preciezer nog het tijdstip waarnaar het voorbruiksrecht moet worden beoordeeld. In de redactie, waarin de § 5 in de wet is opgenomen luidde de eerste zin: „Die Wirkung des Patents tritt gegen denjenigen nicht ein, welcher die Erfindung bereits zur Zeit der Anmeldung des Patentinhabers im Inlande in Benutzung genommen hatte”, waaraan tijdens de behandeling van de Rijksdag-Commissie nog is toegevoegd de zinsnede „oder die zur Benutzung erforderlichen Veranstaltungen getroffen”.

De motiveering van het wetsontwerp vermeldde: „Durch diese Bestimmung solle der berechtigte Besitzstand im Falle einer geheimen Benutzung gegen die Einwirkung des später verliehenen Privilegiums gesichert werden”. Hierin kan men zien een overgang naar een anderen rechtsgrondslag n.l. het beginsel der verkregen rechten. En men wordt daarin nog bevestigd bij lezing der overwegingen, die de 7^o Rijksdag-commissie aanleiding gaven tot het voorstellen van de boven vermelde, door haar beoogde aanvulling: „Das Bedürfnis hierzu leitet sie aus der Erwägung her, dass im gewerblichen Leben Fälle vorkommen können und werden, in denen die neue Erfindung von einem anderen als dem Patentinhaber zur Zeit der Anmeldung des Patents bereits gemacht ist, und die zur Ausführung getroffenen Veranstaltungen getroffen sind, ohne dass die Erfindung selbst beendet ist. Es wäre unbillig und namentlich dem Erfinder gegenüber, der Kraft, Zeit und Kapital für die Erfindung aufwandte, eine ungerechtfertigte Härte, wenn in solchen Fällen aus dem Grunde, dass zufällig die Erfindung noch nicht ausgeführt und in Anwendung gebracht wurde, das Recht der Benutzung entzogen werden sollte. Der Richter dürfte dabei aber das Richtige treffen, wenn er als das entscheidende Moment das Vorhandensein solcher Tatsachen und Handlungen annimmt, welche die Überzeugung feststellen, dass die betreffende Person die Erfindung in ihren wesentlichen Teilen auszuführen beschäftigt ist. Die Anfertigung der Zeichnungen oder die theoretische

Darstellung des Verfahrens allein würde also nicht genügen, während, wenn auf Grund der angefertigten Zeichnungen bereits die Modelle angefertigt werden, die Bauten begonnen sind oder das Verfahren praktisch angefangen hat, im Zweifelsfalle angenommen werden müsste, dass der durch den Zusatzantrag zu treffenden Fall vorliegt".

Eigenlijk gaat dit nog iets verder dan bescherming van verkregen rechten; het is meer bescherming van het bezit der uitvinding geworden. De beschreven wetstekst is tot den huidigen dag, de in Duitschland geldende. De nadere toevoegingen zullen later worden besproken. Principieel zijn deze voor de ontwikkeling van het voorgebruiksrecht van geen groot gewicht.

Daarmede zijn wij gekomen tot de nog zeer recente ontstaansgeschiedenis van ons art. 32 O.W. die, zooals zal blijken, in menig opzicht aan de Duitsche regeling aanknoopt.

In het wetsontwerp luidde het eerste lid van art. 32:

1. *Hij, die op het tijdstip van eene aanvraag om octrooi door een ander, datgene, waarvoor octrooi wordt aangevraagd, binnen het Koninkrijk reeds beroepmatig vervaardigde of toepaste, of aan zijn voornemen tot zoodanige vervaardiging of toepassing een begin van uitvoering had gegeven, blijft niettegenstaande het octrooi tot verdere beroepmatige vervaardiging of toepassing bevoegd*".

De Memorie van Toelichting ⁷⁾ geeft een summiere uiteenzetting omtrent het bepaalde in het artikel:

„Ook ten aanzien van bepaalde personen behoort het monopolie van den octrooihouder te worden beperkt. In de eerste plaats dient acht te worden geslagen op hen, die de uitvinding waarvoor een octrooi is verleend reeds toepassen, voordat de aanvraag tot verkrijging van dat octrooi was gepubliceerd, zonder dat intusschen door die toepassing de uitvinding wettelijk hare nieuwigheid had verloren, en van wie niet blijkt, dat zij de kennis van de uitvinding op de eene of andere wijze aan den aanvrager ontleenden.

„Zulke personen moeten geacht worden een eigen recht op de uitvinding te hebben. Ze hadden octrooi kunnen verkrijgen, wanneer zij eene aanvraag hadden ingediend. Zij

⁷⁾ Moorrees I, blz. 167.

„hadden de verleening van het bestaande octrooi onmogelijk „gemaakt, wanneer hunne toepassing der uitvinding met „voldoende openbaarheid had plaats gevonden.”

„Dat zij hebben nagelaten octrooi aan te vragen kan zijn „grond hebben gevonden in onwetendheid of niet voldoende „inzicht in de beteekenis van de uitvinding, in te geringe „belangstelling voor het hebben van een octrooi, of wel in „hun wensch om de uitvinding geheim te houden en alleen zelf „daarvan partij te trekken.

„Wat intusschen het motief voor hun stilzwijgen ook is „geweest, er bestaan *gronden van billijkheid* *) om het monopolie „van den octrooihouder niet tegenover hen te doen gelden. „Door de vroegere toepassing van de uitvinding door een „ander toch blijkt feitelijk, dat de octrooihouder op de uit- „vinding niet de oudste rechten had.

„Ook zou het ontbreken van eene bepaling te hunnen „behoefte tot bezwaren aanleiding geven. Indien toch hij, „die eene door hem gedane of rechtmatig verkregen uitvinding „toepast zonder er octrooi voor te vragen, zich die toepassing „eensklaps zou kunnen zien ontzegd door een ander, die dezelfde „uitvinding gedaan of rechtmatig verkregen hebbende er „wel octrooi voor aanvraagt, zoo zou het aanvragen van oc- „trooi niet kunnen blijven wat het toch moet zijn, n.l. eene „bevoegdheid, doch zou het eene noodzakelijkheid worden. „Men zou dus de indiening van aanvragen bevorderen, welke „niet zoozeer ten doel hebben voor den aanvrager zelf een „monopolie te verkrijgen als wel dezen te beveiligen tegen „een monopolie van anderen.

„Eene bepaling ten behoeve van dengene, die in de boven- „omschreven omstandigheden de uitvinding toepaste (kort- „heidshalve als voorgebruiker aan te duiden) wordt derhalve „voorgesteld. Zoodanige bepaling komt ook in verscheidene „buitenlandsche wetten, met name in de Duitsche, voor en „heeft niet tot bedenkingen van principieelen of van prac- „tischen aard geleid”.

De bepaling zou dus blijkens het gezegde moeten aansluiten bij de overeenkomstige § 5 der Duitsche wet *). Dit blijkt

*) Cursiveering van mij.

*) Sinds de wet van 5 Mei 1936 is in Deutschland de voorgebruiksparaagraaf om-
genummerd in § 7.

nog duidelijker uit een opmerking van den Voorzitter der commissie van rapporteurs uit de Kamer, die zeide: „In de buitenlandsche wetten zijn die bepalingen veel eenvoudiger en eigenlijk precies zooals dit wetsontwerp oorspronkelijk luidde”, waarbij werd gewezen op § 5 der Duitsche en op art. 8 der Zwitschersche Octrooiwet.¹⁰⁾

De regeeringscommissaris, Mr. Th. A. Fruin die namens den minister het ontwerp in de Kamer verdedigde, vestigde er in ander verband de aandacht op, dat de Duitsche practijk geheel dezelfde was als die, welke met het onderwerpelijke voorstel werd beoogd.¹¹⁾

Wat nu onder deze omstandigheden de reden mag zijn geweest van het afwijken van den Duitschen tekst is noch in de Memorie van Toelichting vermeld, noch ook uit de andere behandelingsstukken te begrijpen. Zelfs omtrent den grondslag van dit uitzonderingsrecht vindt men niets, dan de vagelijke aanduiding omtrent gronden van billijkheid. In het Voorloopig Verslag treft men nog aan de *ergerlijkheid*, zoo de desbetreffende regeling zou ontbreken: „Het is immers „in hooge mate *ergerlijk* als iemand, die door eigen „inspanning zijn werkwijze verbetert, maar daarvoor geen „octrooi aanvraagt, gehinderd wordt door anderen, die, in „den regel geenszins om het publieke belang te dienen, maar „voor eigen voordeel, octrooi voor een voortbrengsel of „werkwijze of eene verbetering op het een of het ander hebben „verkregen”¹²⁾.

Ook voor het overige leert de Memorie van Toelichting weinig omtrent het artikel. De woorden „tenzij hij na het in werking treden dezer wet zijne wetenschap heeft ontleend aan hetgeen reeds door den octrooiaanvrager vervaardigd of toegepast werd, of wel aan beschrijvingen, teekeningen of modellen van den octrooiaanvrager” werden ingelascht, om duidelijk tot uitdrukking te brengen, dat de malafide

¹⁰⁾ Moorrees I, blz. 171. De tekst van art. 8 der Zwitsersche Octrooiwet was: „Le brevet ne peut être opposé à une personne qui au moment du dépôt de la demande, exploitait de bonne foi l'invention industriellement pour l'exploiter. Cette personne pourra utiliser l'invention pour les besoins de son commerce; elle ne pourra transmettre ce droit à d'autres qu'avec son établissement.

¹¹⁾ Moorrees I, blz. 176.

¹²⁾ Moorrees I, blz. 169.

voorgebruiker niet de bescherming van dit artikel zal genieten. Het woord „beroepmatig” werd vervangen door „in of voor zijn bedrijf”, wjl men het eerste, gelijk bij de behandeling van art. 30 bleek, een germanisme achtte¹³⁾. Voorts, en dit is belangrijker, werden de woorden „blijft niettegenstaande het octrooi tot verdere beroepmatige vervaardiging of toepassing bevoegd” vervangen door de geldende: „blijft niettegenstaande het octrooi als voorgebruiker, bevoegd de in art. 30, eerste lid, bedoelde handelingen te verrichten”. De toevoeging „als voorgebruiker” is slechts als een authentieke naamgeving te beschouwen; de verdere wijziging is afkomstig van een door de regeering overgenomen amendements-voorstel der commissie van rapporteurs en had ten doel buiten twijfel te stellen, dat de voorgebruiker tot volledige toepassing der uitvinding bevoegd blijft¹⁴⁾.

De discussies over het wetsvoorstel vertoonden voorts een vrij verward verloop in twee opzichten. Ten eerste, met betrekking tot het geval van den malafiden voorgebruiker, waarbij als punt van gewicht nog is te wijzen op de uitdrukkelijke vastlegging van het recht van den malafiden voorgebruiker, zoo hij zijn wetenschap aan den aanvrager heeft ontleend vóór het in werking treden der wet. Men achtte dit een uitvloeisel van het feit, dat vóór het in werking treden der wet zulke ontleening rechtmatig zou zijn. Het tweede punt waaromtrent de discussie een moeilijk te volgen reeks misverstanden vertoonen, is de vraag naar het mogelijk ontstaan van voorbruiksrecht in het prioriteits-interval, d.w.z. vóór de indiening der aanvraag hier te lande, doch binnen het prioriteitsjaar na de aanvraag in den vreemde, op welker voorrang bij de aanvraag hier te lande beroep wordt gedaan. Deze materie werd geregeld in art. 7 sub. 2, laatste zin.

In enkele artikelen der octrooiwet wordt nog naar art. 32 verwezen, zonder dat dit eigenlijk gevallen van voorgebruik betreft. Volgens art. 53, lid 4, blijft de octrooihouder, van wien het octrooi wordt opgeëischt, zoo hij bij zijn aanvraag te goeder trouw is geweest, bevoegd tot toepassing der uitvinding „op

¹³⁾ Het woord „beroepmatig” schijnt intusschen aardig in te burgeren, indien men het veelvuldig gebruik in de vakliteratuur, met name in het Bijblad, ziet.

¹⁴⁾ Moorrees I, blz. 169.

den voet als omschreven in art. 32". Evenzoo de licentiehouders in het geval van art. 51 vijfde lid. In het transitoire recht — oorlogsmaatregelen van 1916 en de wet van 9 Juli 1931 tot verlenging van den octrooiduur — wordt voor de rechten van derden in algemeene termen een voorbehoud gemaakt. ¹⁵⁾

Méér dan het hierboven gereleveerde is omtrent de ontstaansgeschiedenis van het voorgebruiksrecht niet bekend. Voor den uitleg zijn dus de aanknoopingspunten uit de geschiedenis van het tot stand komen zeer poover en het is daarom in het bijzonder wenschelijk nader in te gaan op den grondslag van het voorgebruiksrecht, die in het volgende hoofdstuk wordt behandeld.

Volledigheidshalve zij nog vermeld, dat de besprekingen der Subcommissie voor het octrooivraagstuk uit de Commissie voor de handelspolitiek, die de wet heeft voorbereid, ook geen nader licht op het artikel werpen. In het aanvankelijk door de Subcommissie opgestelde wetsontwerp had het artikel (destijds art. 35) den volgende tekst:

„Art. 35. *a.* Hij, die een uitvinding toepaste zonder een octrooi te bezitten en voordat door een ander octrooi was aangevraagd, of tot zoodanige toepassing aanstalten had gemaakt, is tot verdere toepassing van die uitvinding gerechtigd, zonder daardoor inbreuk te maken op het verleende octrooi.

b. Van dit recht wordt hem door het octrooibureau een bewijs uitgereikt. Hij vermag dit recht evenwel slechts met zijn bedrijf over te dragen" ¹⁶⁾.

¹⁵⁾ In beide wetten in art. 2 met de woorden „onder voorbehoud van de rechten van derden".

¹⁶⁾ De verslagen der Subcommissie voor het octrooivraagstuk kunnen worden ingezien in de Leeszaal van den Octrooiraad; zie de mededeeling daaromtrent in B.I.E. 1939, 49. Uit de stukken mag niet worden gepubliceerd, dan met toestemming van den Voorzitter van den Octrooiraad, die voor het in den tekst aangehaalde welwillend is verleend, waarvoor te dezer plaatse nogmaals onzen dank zij betuigd.

HOOFDSTUK IV.

DE GRONDSLAG VAN HET VOORGEBRUIKSRECHT.

Noemt de Memorie van Toelichting als grondslag voor het uitzonderingsrecht van den voorgebruiker de *billijkheid* en vindt men uit den boezem der Kamer bij de behandeling van het wetsontwerp de opmerking gerezen, dat ontbreken van dit uitzonderingsrecht *ergerlijk* zou wezen, dan zijn dit dermate vage en eigenlijk nietszeggende begrippen, dat deze als beheerschende interpretatiefactoren voor het voorgebruiksartikel niet kunnen dienen.¹⁾ Daaraan bestaat toch groote behoefte, omdat onder de desbetreffende bepalingen een oneindig geschakeerde variatie van gevallen kunnen voorkomen, die men zonder een vast aanknooppingspunt bezwaarlijk op een juiste logische wijze tot een oplossing zal kunnen brengen. De regeling van art. 32, eerste lid, is zelf niet alleen soepel doch uitermate vaag, zoodat het voorgebruiksrecht, dat steeds als exceptie in een inbreukprocedure kan worden opgeworpen, een bron van chicanes zou kunnen worden.

In Hoofdstuk I zagen wij reeds, dat het voorgebruik in de eigendomstheorie moeilijkheden oplevert. Diezelfde moeilijkheden doen zich uiteraard voor in de „Immateriālgüterrechtslehre” van Kohler en evenzoo in de leer van Gierke over het persoonlijkheidsrecht. Het voorgebruiksrecht is dan een buitenbeentje, dat men overigens eenvoudig oplost, door het bij de categorie der „verkregeu rechten” in te deelen, waardoor men zich over den rechtsgrondslag niet verder behoeft te bekommeren. Evenmin past de voorgebruiker in de contractsleer. Hij sluit immers geen contract, dus om

¹⁾ Zie Hof 's-Gravenhage 20 April 1942, N.J. 1942, Nr 494, Octrooi en Merk 1943, Nr 2: „De vraag of er termen aanwezig zijn voor het erkennen van een recht van voorgebruik is niet te beantwoorden enkel op grond van de billijkheid”.

welke reden zou hij als uitzondering op het contract figureeren. In de loontheorie verder, verdient de voorgebruiker eerder een réprimande voor zijn eigenbatig zwijgen, dat een min of meer door het octrooi begunstigde uitzonderingspositie. De utilitarianisten, die in de openbaarmaking door den octrooi-aanvrager den grondslag van het octrooirecht zien, met de daarop steunende bevordering der industrie, kunnen consequent geredeneerd in hun systeem voorzeker geen uitzonderingspositie aan den voorgebruiker schenken; hier geldt hetzelfde als voor de loontheorie. Past het voorgebruik derhalve niet, of zeer moeilijk in de beschreven theorieën, er is één uitzondering. Damme, met zijn theorie, dat de uitvinder, d.w.z. de octrooi-aanvrager, is „Der Lehrherr der Nation”, heeft niet de minste moeite met deze figuur, immers de „Belehrung” van den uitvinder-aanvrager gaat juist tegen den voorgebruiker niet op, vandaar de uitzondering.²⁾ Dit laatste is in beginsel de omgekeerde opvatting van de relatieve niet-nieuwheid, die wij bij de ontstaansgeschiedenis in Frankrijk zagen.

Van de Nederlandsche schrijvers heeft zich vooral Drucker moeite gegeven een aannemelijken grondslag te vinden. Hij merkt reeds bij de bespreking van de motiveering van het octrooirecht op³⁾, dat het recht van den voorgebruiker het best te verklaren zou zijn als uitvloeisel van de opvatting van den wetgever, dat aan iederen uitvinder krachtens algemeene rechtsbeginselen recht op de uitvinding toekomt, hetwelk hij meent te kunnen ondersteunen met de in dezelfde richting wijzende aanspraak op vergoeding van den werknemer voor zijn in dienstbetrekking gedane uitvindingen, die aan den werkgever toekomen. Voor de uitvinding, als nog geen octrooi is aangevraagd, erkent Drucker dus in het algemeen een recht van bezit, dat ook min of meer door het gewone recht is beschermd.⁴⁾ Hieruit vloeit dan voort, dat hij zijn bespreking van het recht van voorgebruik aanvangt met den zin „Het recht op de uitvinding in engeren zin vindt

²⁾ Damme, Das deutsche Patentrecht, 2e Aufl. 1911, blz. 355. — Een soortgelijk betoog is gevolgd door Mr J. J. de Reede, Voorgebruiksrecht, Octrooi en Merk 9-(1936)-69.

³⁾ Drucker, Handboek, blz. 60.

⁴⁾ Drucker, Handboek, Nrs. 130 t.m. 144.

voorts bescherming in art. 32''.⁶⁾ Het ingevolge algemeene rechtsbeginselen erkende recht van den bezitter der uitvinding is volgens hem de grondslag van het octrooirecht, eenerzijds, en ook van het voorgebruik, anderzijds. Logisch past dit systeem in elkaar. Er zijn hier twee of meer bezitters der uitvinding. Door de octrooiaanvraag van een van hen⁶⁾ wordt diens recht volkomen, d.w.z. hij geniet een verbeterde bescherming en kan tegen anderen zijn recht geldend maken. De andere bezitters blijven het recht, dat zij hadden, behouden. zij het ook, dat dit door het octrooi, en reeds door de aanvraag, een kleine indirecte versterking en eveneens een indirecte beperking ondergaat.

Telders is in zijn handboek moeilijk te volgen. Omtrent den grondslag van het octrooirecht heeft hij zich weinig zorgen gemaakt. Hij is utilitarianist en sluit zich aan bij een zin uit de Memorie van Toelichting, het publicatiemotief. Doch dan is er, zooals wij reeds boven zagen, niet de minste reden tot bijzondere behandeling van den voorgebruiker. Uit deze impasse redt zich Telders, naar het schijnt, op minder fraaie wijze, bij zijn bespreking van het beginsel van het voorgebruiksrecht. Hij doet Drucker daar volkomen ten onrechte, het niet nader gemotiveerde verwijt van inconsequentie, citeert vervolgens een zinsnede uit de Memorie van Toelichting en daarmee reeds, is het pleit bij hem beslecht. Zonderlingerverdedigde inconsequentie is er niet te vinden.⁷⁾

⁶⁾ Drucker, Handboek, blz. 199, Nr 145.

⁶⁾ In de literatuur is het vaak zoo voorgesteld, dat de voorgebruiker de eerste uitvinder zou moeten zijn. Dit behoeft uiteraard geenszins het geval te wezen, al komt het in de praktijkgevallen vaak uit, dat de voorgebruiker de eerdere uitvinder was. Het hangt echter veel van de omstandigheden af. Indien meerderen ongeveer gelijktijdig een uitvinding concipieeren, zullen mogelijk niet allen op hetzelfde tijdstip het karakter als uitvinding in den zin der wet inzien. Ook kan de één de uitvinding langer doen rijpen, dan de ander. Wie het eerst een octrooiaanvraag zal indienen hangt sterk van die omstandigheden af. In kleinere industrieën, waar ook minder gelegenheid kan bestaan om het idee tot technische rijpheid te brengen, treft men dikwijls een ongebreidelde haast aan, om de rauwe vrucht der uitvinding als een octrooiaanvraag in te dienen, opdat anderen hen niet voor zullen komen. De regeling van het voorgebruiksrecht heeft voor de praktijk echter ook deze waarde, dat niet de noodzaak tot het doen van onrijpe aanvragen bestaat. De praktijk leert voorts, dat de industrieel zich met onrijpe vruchten bijna steeds de maag bederft.

⁷⁾ Telders, Handboek, blz. 304, Nr 325.

Men kan Drucker in zijn redeneering, dit lijkt de oplossing, zeer wel volgen, ook indien men voor de „algemeene rechtsbeginselen”, die hij vagelijk als grondslag koos, de in het eerste hoofdstuk van dit werk verdedigde quasi-eigendomsleer stelt. Men verlieze daarbij niet uit het oog het bijzondere karakter van het object van het recht, eenerzijds, en de sociaal-economische motieven, die tot regeling van dit recht hebben geleid, anderzijds.

Wanneer het rechtsobject gaaf is, d.w.z. dat niemand anders dan de uitvinder de uitvinding kent, dus niemand anders bezit en dus recht van bezit daarop heeft, wat impliceert, dat de uitvinder volkomen macht over zijn gedachte heeft, is de toestand eenvoudig en uit dien eenvoudigen toestand is de regeling van het octrooirecht in het algemeen geboren. Nu moet er nadrukkelijk op worden gewezen, dat de toestand volkomen anders wordt, indien die macht niet meer volkomen is, indien er meerdere onafhankelijke bezitters der uitvindingsgedachte zijn; dat is geen uitzonderingstoestand, maar een geheel gewijzigde toestand, al is het niet het normaal voorkomende geval. Met dien toestand heeft de wetgever van meet af aan rekening gehouden, toen hij niet aan den uitvinder *) maar aan den eersten aanvrager via de fictie van art. 6 O.W. het recht op het octrooi toekende. In dit systeem is het nu gevolgelyk zoo, dat, wanneer er inderdaad meerdere bezitters zijn, hun bezit van den beginne *) af aan tegenover elkaar niet gaaf van object is geweest; tegenover elkaar ontbreekt de nieuwhed en daarmede de persoonlijk uitsluitende macht. Hieruit vloeit nu voort, wat uit de publicatietheorie alleen nimmer verstaanbaar zou kunnen worden, dat de aanvraag van den een, wèl zijn bezit der uitvinding tegenover ieder ander volkomen kan maken tot een rechtsbezit, echter niet tegenover diegenen voor wien het object niet gaaf was, die zelf bezitters waren. Dit kan mede zijn oorzaak vinden in het ontzien van een reeds bestaande industrie, maar het is niet noodzakelyk dit zoo te zien. Immers de kennis van een

*) Daargelaten of het nu dwingend is als zoodanig den „eersten” uitvinder te beschouwen, ofwel hem, die blyk geeft de uitvinding het beste te hebben door-schouwd, ofwel hem, die in het publiek die qualiteit het eerst op redelyke gronden opeischt.

*) Te beoordeelen op het tijdstip der octrooiaanvraag.

procédé geeft toch zonder meer niet een gevestigd recht tot toepassing¹⁰⁾, maar slechts een mogelijkheid tot toepassing, terwijl het ontzien van reeds bestaande industrie, niet meer als argument kan dienen, sinds in de meeste wetten, en ook in de onze, sprake is van „aan een voornemen tot toepassing een begin van uitvoering gegeven hebben”, dus wanneer bezit van modellen en/of teekeningen reeds voldoende is¹¹⁾. Wel dient de instelling van het voorgebruik op deze wijze begrepen evenzeer de bevordering van de industrie

¹⁰⁾ Indien iemand failliet kan gaan en de faillissementswet wordt intusschen gewijzigd, kan men toch niet spreken van een gevestigd recht om op de oude wijze failliet te gaan!

¹¹⁾ Een zijdelings argument voor de stelling, dat het voorgebruiksrecht niet steunt op de bescherming van reeds aanwezige industrie, is nog te putten uit de omstandigheid, dat reeds aanwezige industrie ontstaan na de indiening der octrooi-aanvraag doch vóór de openbaarmaking daarvan, dus ook vóór de octrooi-verleening, onbeschermd is gebleven.

Ook dit kan in de praktijk tot onbillijkheden aanleiding geven, zelfs van grooteren omvang. De geheime behandeling der octrooiaanvraag, het vooronderzoek met de daarop volgende behandeling door de aanvraagafdeeling, duurt gemiddeld eenige jaren en het is mogelijk dit soms langen tijd sleepend te houden. In dien tijd — het is al eens voorgekomen — kan een industrie gevestigd zijn en reeds geruimen tijd werken, die zich na openbaarmaking der octrooiaanvraag voor ernstige moeilijkheden ziet geplaatst.

Dit aan de huidige wettelijke regeling klevende euvel zou de lege ferenda zoo kunnen worden ondervangen, dat men het Engelsche systeem van publicatie der octrooi-aanvragen kiest. Aldaar wordt titel en nummer der aanvraag, alsmede den naam van den aanvrager direct na de indiening gepubliceerd, terwijl de aanvraag zelf uiterlijk binnen 18 maanden moet worden gepubliceerd. Eenerzijds kan men onder dit systeem dus letten op de publicatie van den titel, terwijl anderzijds het gevaarlijke tijdvak tot 18 maanden is beperkt. Ten onzent bestaat onder de geldende regeling een praktische mogelijkheid om den sluier der geheimhouding op te lichten, door indiening eener eigen aanvraag voor het te volgen procédé. Is er dan een aanvraag aanhangig, dan waarschuwt de vooronderzoeker in zijn eerste missive, dus na 6—12 maanden, dat het onderzoek wordt uitgesteld met het oog op een oudere aanhangige aanvraag.

In Duitschland heb ik persoonlijk eens meegemaakt, dat een aanvraag eerst 16 jaren na den indieningsdatum werd openbaargemaakt, terwijl de concurrentie — hoe kan het anders — reeds lustig had toegepast. Zij zijn toen tegen de aanvraag in oppositie gegaan en deze procedure werd met gemak tot over den 18-jarigen duur van het eventueele patent, die loopt vanaf den aanvraagdatum, gerekt. Het Patentamt heeft alsdan den ongelukkigen aanvrager in overweging gegeven de aanvraag in te trekken, daar immers de looptijd van een eventueel te verleen patent reeds was verstreken, welke raad werd opgevolgd. Over en weer kleven er dus in Duitschland vreemde consequenties aan den langen behandelingsduur.

als de instelling van het gansche octrooirecht. Dit op tweeërlei wijze. Vooreerst is hierdoor vernietiging van bestaande industrie uitgesloten en in de tweede plaats verschaft het de industrie rust, doordat geen octrooidwang bestaat, evenmin een dwang om à tout prix zoo spoedig mogelijk octrooi aan te vragen. Men kan de uitvinding rustig laten rijpen.

Tenslotte is in het voorgebruiksrecht, zooals Drucker terecht opmerkte, een erkenning van het recht van bezit der uitvinding gelegen. Niet enkel is het object van den octrooiaanvrager met betrekking tot den voorgebruiker niet gaaf wat de nieuwhed — het kenmerkende punt van het object — betreft, ook is de voorgebruiker rechtmatig bezitter, even rechtmatig als de octrooiaanvrager zelve en aan dat rechtmatige bezit kan het octrooi niet tornen. Niet de billijkheid dus, zooals de Memorie van Toelichting den grondslag toelichtte, maar inderdaad het recht van den voorgebruiker is hier de basis.

Nu zou men kunnen tegenwerpen, dat dan het bezit der uitvinding voldoende zou moeten zijn als voorwaarde voor het ontstaan van het voorgebruiksrecht, terwijl de wet méér eischt, n.l. toepassing of het voornemen daartoe, blijkend uit een begin van uitvoering. Deze tegenspraak is slechts een schijnbare. Het enkele bezit der uitvinding is inderdaad voldoende, doch het moet zijn de voleinde uitvinding, geen vagelijk denkbeeld daaromtrent en dit is niet met zekerheid op andere wijze te bewijzen dan met toepassing of een begin van uitvoering daarvan. Deze bijkomende eischen zijn dus te verstaan als bewijsvoorschriften. De toepassing en het begin van toepassing moeten zoodanig zijn, dat daaruit het bezit der uitvinding objectief blijkt.

De bezitter der uitvinding, die zijn recht niet op deze wijze kan aantonen, ziet het door de octrooiaanvraag teloor gaan. Men kan zich evenwel de vraag stellen, of deze ooit bezitter der uitvinding, ooit uitvinder is geweest. Immers uitvinder in den eigenlijken zin is niet hij die een summier denkbeeld concipieert; het behoort practisch uitgeprobeerd te zijn. ¹²⁾

¹²⁾ Hier is aangeknoopt aan de Amerikaansche leer nopens „reduction to practice”. Amerika (V.S.) is het eenige land, waar men zich moeite geeft het octrooi inderdaad aan den „eersten uitvinder” te doen toekomen. Aldaar heeft zich dus in den loop

Vóór Watt de stoommachine uitvond zullen velen zich bewust zijn geweest van de kracht van den gespannen stoom. Er zullen er even velen zijn geweest, die de gedachte koesterden, dat die kracht nuttig kon worden gemaakt en die na Watt's experimenten konden zeggen: „ja, dat had ik ook zoo gedacht”, ofschoon het bij hen bij het koesteren der gedachte was gebleven. Dit zijn geen uitvinders geweest. Een veel frappanter voorbeeld biedt nog de geschiedenis van de Mannesmann-buizen.¹³⁾ Nadat de Gebrs. Mannesmann hun procédé voor het walsen van naadloze stalen buizen hadden uitgewerkt stond de geheele vakwereld daar afwijzend tegenover en het heeft hen de grootste moeite gekost, om dit denkbeeld in de practijk door te voeren!

Niettemin, de aanvrager-uitvinder is tegenover den voor-gebruiker ook wat dit betreft in een veel voordeelijker positie gekomen, want het getal der aanvragen, dat niet meer inhoudt

des tijds een zeer belangwekkende leer gevormd over het vraagstuk, wie werkelijk de eerste uitvinder is. Dit hangt naar de heerschende opvatting af van het tijdstip der „reduction to practice”. Een interessante beschouwing geeft hierover Michaëlis, Praktisches Handbuch des amerikanischen Patentrechts, Berlin 1932, blz. 21: „Die geistige Konzeption wird zur Erfindung erst als Inhalt eines körperlichen Substrats. Dieser Satz spricht eine fundamentale Bedingung des amerikanischen Rechts aus. Wie schon das Wort „Konzeption” andeutet, ist sie nur der Empfängnis des Erfindungskeims im Hirn des Erfinders vergleichbar. Die Befruchtung kan durch irgendeine zufällige Beobachtung, durch die Verknüpfung einer Mehrzahl von Erfahrungen, durch eine Kette logischer Folgerungen, durch den im Erfinder hausenden Genius erfolgen. Folgt der Empfängnis nicht auch die Geburt, so wird die Frucht nicht lebensfähig. So auch beim Erfindungskeim: Reift er nicht bis zum gebrauchsfertigen Substrat, wächst er sich nicht in der *reduction to practice* zum praktisch verwertbaren Erfindungsgegenstand aus, so ist die Erfindungsschöpfung keine vollständige geworden, nicht *complete*, und die Leistung des Erfinders, für die er von der Allgemeinheit ein Entgelt in dem Patent erhalten will, ist unvollständig, mangelhaft, nicht den Vertragsbedingungen entsprechend. Mit Recht lehnt nun auch die Gegenpartei die Einhaltung des Vertrags ab. Mit anderen Worten: nach amerikanischem Recht liegt die fertige Erfindung, für die ihr Urheber sich vom Staat ein Ausschulzrecht fordern kann, erst in dem Augenblick vor, wo der rein geistige Akt der Konzeption auf dem Wege über die Niederschrift, zeichnerische Darstellung, Konstruktionstätigkeit, den Modellversuch von dem gebrauchsfertigen, nur noch praktischer Vervollkommnung bedürfenden Verfahren, Apparat, Erzeugnis abgelöst ist.”

¹³⁾ Octrooi en Merk 14-(1941)-2, „Kleine Chronik der Mannesmannröhren-Werke; vgl. ook G.R.U.R. 45-(1940)-507, Otto Ohnesorge, Erfindungsphilosophische Auswertung des Buches „Kleine Chronik des Mannesmannröhrenwerke”.

dan een rauw idee, hetwelk door een octrooigemachtigde met veel vlijt en naarstigheid in een eenigszins presentabelen vorm is gebracht, is niet te schatten.¹⁴⁾ Bewijsvoorschriften brengen nu echter eenmaal mede, dat er gevallen zijn, die in een ongunstiger positie geraken, dan ze naar waarde verdienen.

Als grondslag van het voorgebruiksrecht is na bovenstaande beschouwingen te zien: de bescherming van het bezit der uitvinding bij den voorgebruiker. Hiermede hangt samen een relatief nieuweheidsgebrek in de uitvinding van den aanvrager. Het voorgebruiksrecht berust op denzelfden grondslag als het geheele octrooirecht: erkenning van het recht van den uitvinder en daarmee bevordering der industrie.

¹⁴⁾ Men sprak in Deutschland reeds eenigen tijd geleden van „Inflation der Erfindung”. Zie: Dr. Ing. Dr. Jur. Harald Mediger, „Die Inflation der Erfindung”, G.R.U.R. 43-(1938)-457; Dr. H. Kurz und Ing. K. A. Riemschneider, „Die Inflation der Erfindung”, G.R.U.R. 43-(1938)-948.

HOOFDSTUK V.

VOORWAARDEN VOOR HET ONTSTAAN VAN HET VOORGEBRUIKSRECHT.

Volgens art. 32 O.W. is voor het ontstaan van het voorgebruiksrecht vereischt, het onafhankelijk van den octrooi-aanvrager verkregen bezit der uitvinding, blijkend uit toepassingshandelingen binnen het Koninkrijk vóór het tijdstip van de indiening der octrooiaanvraag. Achtereenvolgens zullen deze voorwaarden worden besproken: 1e. het bezit der uitvinding; 2e. de wijze van het verkrijgen van dit bezit; 3e. het aantoonen van het bezit uit toepassingshandelingen; 4e plaats en tijd der toepassingshandelingen.

1. Onder het bezit der uitvinding is te verstaan de kennis van datgene, waarvoor octrooi wordt aangevraagd. Die kennis behoeft geen bewuste kennis te wezen. Niet is vereischt, dat de voorgebruiker zich realiseert, dat zijn handelen gevolg is eener inventieve gedachte. Evenmin behoeft het bewuste kennis te zijn, zoodanig, dat hij inziet, dat aan zijn handelen, of aan zijn voortbrengsel, bijzondere voordeelen zijn verbonden; hij kan ook volkomen in het duister tasten omtrent den wetenschappelijken ondergrond van zijn handelen. Immers het laatste is zelfs voor den uitvinder-aanvrager geen vereischte, terwijl het eerste feitelijk overbodig is voor het bereiken van die voordeelen. De voorgebruiker behoeft dus van de beteekenis van zijn toepassen der uitvinding niet op de hoogte te zijn; voldoende is, dat hij macht tot toepassen heeft, waarbij echter wel den eisch is te stellen, dat hij de toepassing reproduceerbaar kan verrichten.

Een veronderstellenderwijze besproken geval van onbewuste, onwetende toepassing geeft Kohler. ¹⁾ Veronderstel, zoo zegt hij, dat men slechts had gekend een methode om eieren hard te

¹⁾ Joseph Kohler, Handbuch des Deutschen Patentrechts, blz. 471.

koken, waarop dan iemand uitvindt een methode om eieren zacht te koken. Dan is het zacht koken een doorgangsphase voor het hard koken, wijl zij immers eerst zacht gekookt en vervolgens hard gekookt worden. Hij meent nu, dat degenen die tevoren hard gekookt hebben een voorgebruiksrecht zullen hebben voor het zacht koken als doorgangsphase; natuurlijk alleen daarvoor, zoodat zij niet het zachtgekookte product mogen afzonderen. ²⁾ Dit voorbeeld is toch niet juist. De voorgebruiker past hier niet toe de uitvindingsgedachte, dus is er van toepassing der uitvinding en derhalve van octrooi-inbreuk geen sprake. In dat geval is er ook geen voorgebruik. Men kan ook het in het vorige hoofdstuk besproken criterium aanleggen, dat in dit geval de voorbekende werkwijze niet relatief nieuwheidsschadelijk is. Uiteraard is wel Kohler's conclusie juist, dat met het hard koken van eieren, ongeacht het octrooi voor zacht koken, kan worden doorgegaan. Waar er geen toepassing der uitvindingsgedachte is, is er ook geen inbreuk.

Het voorbeeld leert, dat men bij de onbewuste onwetende macht over de uitvinding wel moet toezien op het feit, dat inderdaad de uitvindingsgedachte, zij het latent, aanwezig is. Noodig is de aanwezigheid der uitvindingsgedachte; niet noodig is, dat de voorgebruiker weet en zich bewust is, dat hij ze heeft.

Ook een „toevallig” toepassen der uitvindingsgedachte is derhalve voldoende voor het ontstaan van het voorgebruiksrecht, waarbij het „toevallige” wel zoo is te verstaan, dat er een betrekkelijke regelmaat van de toevallige toepassing aanwezig moet zijn. Derhalve niet een enkele ononderkende en niet reproduceerbare toevallige toepassing.

In Duitschland treft men de opvatting aan, dat de voorgebruiker den empirischen regel of den oorzakelijken samenhang moet hebben gekend, waarbij het echter zonder belang is, of hij deze duidelijk begrepen of zonder meer ondervonden heeft. ³⁾

²⁾ Het hier besproken geval is geenszins theoretisch in zijn algemeenere strekking; met name in de chemische industrie doen zich massa's soortgelijke gevallen voor. Het voorbeeld wordt in dezen vorm herhaald, wijl het voor een ieder begrijpelijk is.

³⁾ Tetzner, Kommentar, blz. 209, Anm. 3: „Der Vorbenutzer musz die „empirische Regel”, den „ursachlichen Zusammenhang” erkannt haben. Ob er im übrigen die Erkenntnis der Zusammenhänge „klar erfasst oder nur empirisch dumpfgeföhlt” hat, ist unwesentlich”.

Een voorbeeld van een enkele „gelegentliche Zufallstreffer” geeft de beslissing van het Reichsgericht van 11 Juli 1936. ⁴⁾ Dit geval betrof het D.R.P. 482374 voor een plastische beschermende omhulling voor kabels, gas- en waterleidingbuizen of andere lichamen, bestaande uit een grondlaag van weefsel of papier, die aan beide zijden met een onder uitsluiting van vocht bereid mengsel van duurzaam weekblijvende residu's der aardoliedestillatie, zooals protoparaffine, zacht bitumen en eventueel indifferente, den electrischen stroom niet geleidende stoffen, zooals porceleinaarde, is overtrokken. De beklaagde in deze inbreukzaak beweerde, dat hij de uitvinding vóór den indieningsdatum der octrooiaanvraag zou hebben toegepast, doch het was hem niet mogelijk aan te toonen, dat hij volgens een bepaald recept had gewerkt, zoodat slechts de *mogelijkheid* bestond, dat hij de gunstige samenstelling der bekleedingsmassa had getroffen. Het zal, zooals uit dit geval blijkt, vaak neerkomen op een onvoldoende bewijs der toepassing, wanneer zij een toevallige is geweest.

De kennis der uitvinding moet, wat betreft den omvang daarvan, overeenkomen met het geoctrooieerde. Die overeenkomst kan een gedeeltelijke zijn. Identiteit is niet vereischt. De kennis van den voorgebruiker kan ruimer zijn dan die, welke in het octrooi is geopenbaard. Zij kan ook beperkter zijn, in welk geval evenwel minstens *de kenmerkende gedachten* bij den voorgebruiker aanwezig zullen dienen te zijn. Het gaat er ook hier weer om, of de voorgebruiker met zijn handelen inbreuk maakt op het octrooi, of zijn bezit der uitvinding relatief de nieuwigheid van het geoctrooieerde aantast. Drucker ⁵⁾ vereischt identiteit; bij gedeeltelijke identiteit, d.w.z. dat het deel van den voorgebruiker kleiner is, wil hij slechts een gedeeltelijk voorgebruik toekennen. Dit laatste zullen wij nu ter zijde laten, daar wij dit nader in het zesde hoofdstuk zullen bespreken. Ook volgens Drucker komt het er op aan, dat de voorgebruiker bekend was met het *kenmerkende deel* der uitvinding. Telders ⁶⁾ ziet het vraagstuk geheel van den practischen kant, waar hij zegt: „noodig en voldoende voor het

⁴⁾ G.R.U.R. 42-(1937)-45.

⁵⁾ Drucker, Handboek, blz. 203.

⁶⁾ Telders, Handboek, blz. 305, Nr 327.

„ontstaan van het voorgebruiksrecht is , vallende onder „de bij het octrooi verleende bescherming”.

Ondanks de vrij simpele regelen die deze materie aldus beheerschen, is de jurisprudentie betrekkelijk wisselend geweest.

Een onjuist beslist geval geeft Octrooiraad 13 November 1920, I.E. 1920, 343. De octrooiaanvraag Nr. 3431 had tot conclusie: „Verbetering eener werkwijze tot het verkrijgen van tin of „tinverbindingen uit pyritische en andere tinertsen, tinerts „concentraten, tinafval, blik, tinhoudende slakken, tinslakken „en dergelijke, door versmelting van deze materialen al of „niet onder toevoeging van pyrietten of tinijzersteen, daarin „bestaande, dat zooveel kalk of kalkverbindingen aan de „charge wordt toegevoegd, dat een eindslak wordt verkregen „met minstens 15% CaO”. De Octrooiraad overwoog, dat uit het bewezene volgt, dat de verzoekster, niet de bereiding van tinijzersteen doch van tin op het oog zou hebben gehad, zoodat hare werkwijze met die der aanvraag niet *identiek* zou zijn. De beslissing is daarom onjuist, omdat de werkwijze der Billiton Mij. voorzeker onder het octrooi valt.

Zeer juiste en uitvoerige overwegingen vindt men in de beslissing van den Octrooiraad, Afdeeling van Beroep 11 Juni 1927, I.E. 1927, 110. De beslissing liep over de octrooiaanvraag Nr. 345 Ind., later octrooi Nr. 16655, met als eerste conclusie: „Machine voor het snijden van thee, daardoor gekenmerkt, dat de aangeschoven thee door een van zaagtanden voorziene, draaiende rol gegrepen wordt en gedrukt tegen een van schijfvormige messen voorziene, in tegengestelde richting met grootere snelheid draaiende rol, waardoor het snijden van de thee plaats heeft”. De machine der verzoekster om een verklaring van voorgebruik bleek overeen te komen met die der octrooiaanvraagster, behoudens één verschilpunt, n.l. dat niet was komen vast te staan, dat bij verzoeksters machine de mesrol ook sneller liep dan de aanvoerrol. Het ging er dus om, of het sneller loopen der mesrol een essentieel kenmerk der uitvinding is, ja dan neen. M.a.w. de vraag, of een machine waarbij de mesrol niet sneller loopt, inbreuk zou maken op het octrooi. De aanvraagster was in dit opzicht begrijpelijkerwijze aarzelend. De Afdeeling van Beroep hakte den knoop vrij eenvoudig door en overwoog, dat het sneller loopen der mesrol een aan iederen vakman bekenden maatregel is voor

het verkrijgen van een gaver snede, zoodat door toepassing daarvan wel de gunstige werking der machine zal worden opgevoerd, hetwelk echter geen essentieel kenmerk der uitvinding is. Mitsdien was hier sprake van voorgebruik.

Minder gunstig verliep het voor den pretensen voorgebruiker in het geval van Aanvraagafdeeling 7 November 1933, B. I. E. 1935, 110. De Societa' Italiana Pirelli te Milaan had een octrooi aangevraagd (Nr 57460 — later octrooi Nr 32100) betreffende „een luchtfilter voor een beschermingsmasker tegen schadelijke „gassen, dampen en stof, met een midden in het filter gelegen „verzamelruimte voor de gefiltreerde lucht, die deze ruimte „bereikt na door twee homogene filtermassa's te zijn ge- „stroomd, die elk door veeren in een bus worden samengedrukt, „met het kenmerk, dat de twee filtermassa's, die aan weers- „kanten van de verzamelruimte zijn aangebracht, dicht tegen „de wanden van de bus aanliggen, terwijl de te zuiveren lucht „in die filtermassa's binnentreedt door aan den tegenover- „gestelden kant van de verzamelruimte aangebrachte geper- „foreerde afsluitplaten, een en ander zoodanig, dat de lucht „de massa's passeert in rechtlijnige evenwijdige stroomingen, „die naar het midden zijn gericht". De Staat pretendeerde, voorgebruiksrecht op grond van toepassing van „eenige beginselen der uitvinding". Daargelaten in hoeverre hier inderdaad van feitelijk toepassen der uitvinding sprake is geweest, is het duidelijk, dat zoodanig toepassen geen inbreuk op het octrooi zou maken, zoodat de voorwaarde voor het ontstaan van het voorgebruiksrecht ook reeds daarom niet is gegeven.

Weinig juist besliste Rb. Amsterdam 21 April 1933, B. I. E. 1933, 90, dat gedaagde's verweer, dat door hem vóór de indiening der octrooiaanvraag „principieel gelijke" corsetten waren vervaardigd, te vaag was om hem tot het bewijs van dezen grondslag voor zijn voorgebruiksrecht toe te laten. Er werd toch een handeling gesteld, die, wanneer ze werd bewezen, ongetwijfeld onder het octrooi zou vallen en die dus grondslag voor voorgebruiksrecht kan opleveren.

De beslissing van Octrooiraad, Aanvraagafdeeling 4 Juni 1936, B. I. E. 1938, 128, biedt een geval, waar de voorgebruiker wel het kenmerkende van de uitvinding had toegepast, doch

niet viel onder de inleiding der conclusie. ⁷⁾ Was er hier nog sprake van een onder het octrooi vallende handeling, zoo werd derhalve voorgebruiksrecht aangenomen.

De aequivalentieeler kwam aan de orde in de beslissing van Afdeeling van Beroep 16 Juni 1936, B. I. E. 1937, 22, loopende over het afmijntoestel van de octrooiaanvraag Nr. 59680, later octrooi Nr. 38660. ⁸⁾ De verzoekster had een soortgelijk afmijntoestel gebouwd, evenwel met twee in serie gebouwde relais, die twee contacten bedienden, inplaats van het eene (H_1) twee contacten bedienende relais volgens de conclusie. Dit is een aequivalente oplossing van het probleem en de Raad kende dan ook voorgebruiksrecht toe.

Onder aequivalenten verstaat men in het octrooirecht uitvoeringsvarianten, waaraan dezelfde gedachte ten grondslag ligt en waarmede hetzelfde technische effect wordt bereikt. ⁹⁾ De nadruk ligt op de gelijkheid der aan het gebruik ten grondslag liggende gedachte en op de gelijkheid van het verkregen resultaat. In de techniek kan men gelijke resultaten vaak bereiken met middelen, die, hoewel op zich zelf beschouwd zeer verschillend, toch voor het gestelde doel gelijk zijn, door over-

⁷⁾ Conclusie 1 der octrooiaanvraag Nr 66932: „Door middel van een rooster bestuurde ontladingsbuis met gas- of dampvulling en gloeikathode, in het bijzonder voor het opwekken van trillingen, voornamelijk ten dienste van langs electrischen weg voortbrengen van muziek, waarbij de anode en de besturingsrooster de kathode co-axiaal omgeven, met het kenmerk, dat in den mantel van de cylindervormige besturingselectrode één opening is aangebracht, door welke de anode met den gewenschten „Durchgriff“ op de kathode inwerkt en de ontlading plaats heeft“.

⁸⁾ Schakeling voor een electrisch afmijntoestel, dat voorzien is van een aanwijzer, welke zich langs getallen van afnemende waarde kan bewegen en door een remmagneet tot stilstand wordt gebracht, wanneer een bod gedaan wordt, welk toestel voorts een aantal drukknoppen en daarmede overeenkomstig aantal lampen of nummerbordmagneten en relais' bevat, welke door die drukknoppen kunnen worden bestuurd, waarbij na de bekrachtiging van één der relais' die van een tweede niet mogelijk is, doordat het bekrachtigde relais zich grendelt in serie met een voor alle drukknoprelais' gemeenschappelijk relais (H_1), welk laatste relais bij zijn bekrachtiging de over de drukknoppen verlopende ketens der relais' verbreekt, met het kenmerk, dat in de gemeenschappelijke leiding der drukknoppen de wikkeling van een tweede relais (H_2) is opgenomen, dat in serie met een drukknoprelais aanspreekt en zich daarna grendelt in serie met den remmagneet van den aanwijzer, welke magneet daarbij tot werking komt, voor welke magneet bovendien nog een tweede keten gesloten is over een werkcontact van het in serie met de grendelwikkelingen der drukknoprelais liggende gemeenschappelijk relais (H_1).

⁹⁾ Rb. Arnhem 10 April 1933, B I E. 1934, 57.

eenkomstige eigenschappen. Zoo kan men, om een eenvoudig voorbeeld te kiezen, een waterige vloeistof aanzuren met zeer verschillende zuren of zuur afscheidende stoffen; ondanks de verschillen, welke die zuren of zuur afscheidende stoffen onderling mogen hebben, zijn zij allen voor dit doel volkomen gelijkwaardig.¹⁰⁾ Het begrip aequivalentie speelt zoowel bij de beoordeeling der nieuwigheid der uitvinding, alsook bij de bepaling van den beschermingsomvang van het octrooi een rol. Voor de nieuwigheid, wijl aequivalente middelen in het algemeen niet naast elkaar kunnen worden geoctrooieerd. Voor de bepaling van den beschermingsomvang, wijl een oplossing van het probleem met aequivalente middelen ook onder het octrooi valt. Vandaar, dat wij dit begrip bij het voorgebruik tegenkomen. Het is hier echter gemakkelijker te hanteeren, omdat de situatie naar twee kanten dezelfde is: Valt de toepassing van een aequivalent middel onder het octrooi en is het eerder toegepast dan is er voorgebruiksrecht en dus geen octrooiinbreuk; valt het niet onder het octrooi, dan is er weliswaar geen voorgebruiksrecht, doch ook geen octrooiinbreuk. Er is dus weinig reden om met Zeller¹¹⁾ aan te nemen, dat men aan het aequivalentiebegrif een anderen uitleg zou moeten geven, wanneer dit een tweeden zelfstandigen uitvinder raakt, waartoe ook de voorgebruiker kan worden gerekend. Of het begrip eng of ruim wordt genomen, blijft voor hem gelijk, daar het begrip hier tweesnijdend is. In beginsel zal men het aequivalentiebegrif voor den voorgebruiker ruim nemen, waar hier ieder „aanhangen” aan de kennis van den uitvinder-octrooiaanvrager is uitgesloten.

Ten onrechte werd de kennis van den voorgebruiker niet volledig geacht in Afdeeling van Beroep 15 April 1937, B. I. E. 1937, 33. De octrooiaanvraag Nr. 52929, later octrooi Nr. 40785¹²⁾, betrof een werkwijze voor de bereiding van kunst-

¹⁰⁾ Zie voorts Emil Müller, Die Aequivalente im Patentrecht; Witt, Chemische Homologie und Isomerie.

¹¹⁾ Dr. Dr. O. Zeller, Neuere Betrachtungen zur Aequivalenzlehre, G.R.U.R. 47-(1942)-285.

¹²⁾ Conclusie 1 van octrooi Nr 40785: „Werkwijze voor de bereiding van resitol uit resol, resp. uit een mengsel van novolak en formaldehyd of formaldehydderivaat, door verhitting, eventueel in tegenwoordigheid van polymerisatieversnellers, daardoor gekenmerkt, dat men uitgaat van een bij gewone temperatuur vast, doelmatig in

harsen, waarvoor de ingrediënten worden verhit op zoodanige temperatuur, dat de vluchtige bestanddeelen geheel, of nagenoeg geheel, worden verdreven. De voorgebruiker bereidde een bepaalde kunsthars volgens de octrooiaanvraag, door verhitting van het materiaal tusschen op 130° verhitte walsen, waardoor dit een temperatuur kreeg van ca. 160°, die bij deze hars hoog genoeg was, om de vluchtige bestanddeelen te verwijderen. Van de omstandigheid, dat de vluchtige bestanddeelen werden verdreven, was door den voorgebruiker zelfs aantekening gehouden. Hij bezat dus de wetenschap daaromtrent. Nu overwoog de Afdeeling, dat uit de voorgaande omstandigheid niet volgt, dat de voorgebruiker ook het inzicht bezat, dat bij andere harsen een veel hoogere temperatuur is vereischt tot het verwijderen der vluchtige bestanddeelen. Dit moge zoo zijn, maar het ligt toch anderzijds in het wezen der dingen, dat, willen de vluchtige bestanddeelen worden verdreven, daartoe die temperatuur wordt aangewend, die elk hars voor zich noodzakelijk maakt. Dit ligt binnen de kennis van iederen vakman, die men ook voor den voorgebruiker zal dienen in aanmerking te nemen.

Dat het bezit der uitvinding vaak op een ruime wijze kan worden aangetoond, zelfs uit een begin van uitvoering, leert Afdeeling van Beroep 2 Juli 1938, B. I. E. 1939, 34. De octrooiaanvraag Nr. 72869, later octrooi Nr. 43683¹³⁾, had betrekking op een erwten schoonmachine. De voorgebruiker bleek een model te hebben vervaardigd van een soortgelijke machine, die op eenige punten van meer ondergeschikt belang verschillen met die der octrooiaanvraag vertoonde. De toepassing van

gepoederden toestand niet samenbakkend condensatieproduct van de aangegeven soort en dit in dunne lagen, eventueel bij herhaling, zoolang op hoogere temperaturen, doelmatig kooktemperaturen van de toegepaste phenolen of hooger, verhit, tot alle of het grootste gedeelte der vluchtige bestanddeelen verwijderd zijn en de hars nog slechts de voor de verdere verwerking gewenschte hoeveelheid resol bevat".

¹³⁾ Conclusie 1 van octrooi Nr 43683: „Inrichting voor het scheiden van gave en wormstekige erwten of dergelijke plantaardige producten, gekenmerkt door een bewegend oppervlak, waar de producten mee in aanraking worden gebracht, en dat voorzien is van op regelmatige afstanden van elkaar aangebrachte naaldvormige uitsteeksels, die gericht zijn tegen de relatieve beweging van de producten ten opzichte van de uitsteeksels, zoodanig, dat wormstekige producten door de uitsteeksels worden opgenomen en meegevoerd naar een afvoerinrichting, terwijl de gave producten tusschen de uitsteeksels doorgaan naar een tweeden afvoer."

het essentieele der uitvinding viel echter te onderkennen, zoodat voorgebruiksrecht werd aangenomen.

Een minder juiste toepassing van het aequivalentiebegrip werd aangetroffen in Afdeeling van Beroep 12 Februari 1941, B. I. E. 1941, 94. De octrooiaanvraag Nr. 77764, thans octrooi Nr. 51098, draagt als eerste conclusie: „Werkwijze voor de bereiding van in water onoplosbare vaste, di-aromatische peroxyden uit zuurchloride en alkalische peroxydeoplossing, met het kenmerk, dat de bereiding plaats vindt bij aanwezigheid van een emulgeerend agens, dat de fijne verdeling van het chloride bevordert”. De werkwijze is dus gekenmerkt door de toevoeging van emulgatoren. Buiten iederen twijfel kwam vast te staan, dat de voorgebruiker bij zijn werkwijze een emulgator had gebruikt. De octrooiaanvrager achtte hiermede toch niet het door de octrooiaanvraag geopenbaarde inzicht bij den voorgebruiker gegeven. Hij redeneerde n.l., dat de kennis van dien eenen emulgator, niet de wetenschap ook voor andere emulgatoren impliceerde, vooral waar er twee klassen van emulgatoren kunnen worden onderscheiden en de voorgebruiker er slechts één uit een dier klassen had gebruikt. De Octrooiraad nam daarop aan, dat die twee klassen van emulgatoren inderdaad niet aequivalent zouden zijn, iets wat toch op zijn minst verbazingwekkend mag heeten, waar men heeft te doen met gelijkwaardige middelen voor een gelijk doel. Dit nu daargelaten — wij zullen er nader bij de bespreking van den omvang van het voorgebruiksrecht op terug komen — had hier in elk geval toepassing van het essentieele der uitvinding plaats gehad.

Uit de Deutsche Rechtspraak — de beoordeeling van het voorgebruiksrecht is daar uitsluitend aan de rechterlijke macht voorbehouden — zouden uit den aard der zaak legio gevallen kunnen worden geciteerd omtrent gedeeltelijk overeenkomende kennis tusschen voorgebruiker en octrooiaanvrager. Er werden daarbij evenwel geen beslissingen aangetroffen, die meer typisch zijn, dan de boven besproken Nederlandsche gevallen. De algemeene opvatting is ook daar, dat het kenmerkende der uitvinding den voorgebruiker bekend moet zijn geweest.

Wel bijna steeds zal er slechts gedeeltelijke overeenkomst blijken, immers de voorgebruiker kan zijn bezit der uitvinding niet anders aantonen, dan met feitelijke toepassings-

handelingen, die uiteraard niet steeds zijn volle kennis vertegenwoordigen. Wij zullen nader bij de bespreking van het aantoonen van het bezit der uitvinding door toepassingshandelingen en bij de bespreking van den omvang van het voorgebruiksrecht nog gelegenheid hebben om op dit belangrijke punt terug te komen.

2. Het tweede te bespreken punt is de wijze van verkrijging van het uitvindingsbezit door den voorgebruiker. De wet omschrijft de verkrijging der kennis alleen van de negatieve zijde. Het bezit van den voorgebruiker is deugdelijk, „tenzij hij na het in werking treden dezer wet zijne wetenschap heeft ontleend een hetgeen reeds door den octrooiaanvrager vervaardigd of toegepast werd, of wel aan beschrijvingen, teekeningen of modellen van den octrooiaanvrager”. In het kort duidt men dit thema wel aan met ontleening van wetenschap. Algemeen wordt ten onzent het standpunt ingenomen, dat iedere ontleening van wetenschap aan den octrooiaanvrager het voorgebruiksrecht vitieert. De opsomming der wijzen van ontleening in de wet wordt m.a.w. niet limitatief geacht, evenmin als de overeenkomstige opsomming in art. 9 O. W. Een der meest voor de hand liggende wijzen van ontleening is toch die aan mededeelingen van den aanvrager, maar ook andere wijzen zijn mogelijk. Zoo besliste de Octrooiraad reeds, dat ontleening aan een photo, van den octrooiaanvrager afkomstig, het aldus afgeleide bezit van den voorgebruiker ondeugdelijk maakte.¹⁴⁾ De uit de kamerstukken blijkende bedoeling, om den malafiden ontleener van het voorgebruiksrecht uit te sluiten, wettigen dezen ruimen uitleg voldoende. Evenzeer zal men de zinsnede zoo mogen lezen, dat ontleening aan al hetgeen van den octrooi-aanvrager afkomstig is, het bezit der uitvinding als voorwaarde voor voorgebruiksrecht ondeugdelijk maakt, zoodat ook de indirecte ontleening

¹⁴⁾ Octrooiraad 25 November 1918, I.E. 1918, 237, betreffende photo van een gloeilamp in een tijdschrift; Octrooiraad 30 Juli 1919, I.E. 1919, 233, zelfde zaak eindbeslissing. De octrooiraad gaf zich de moeite om de photo bij de in de wet genoemde wijzen van ontleening onder te brengen en overwoog: „dat toch een teekening van een lamp, als zijnde de copie, de graphische voorstelling daarvan, in verband met na te noemen wetsartikel gelijk is te stellen met die lamp zelf . . .”.

door middel van tusschenpersonen daaronder valt. ¹⁵⁾ Evenwel, men laat bij deze indirecte ontleening reeds min of meer het beginsel van kwade trouw schieten. En dit kan tot gevolgen leiden, die men niet licht zal willen verantwoorden. Zoo is er bijvoorbeeld van kwade trouw geen sprake indien de tusschenpersoon zonder eenige beperking toestemming tot toepassing heeft gegeven. Zulks kan tot ernstige consequenties leiden, wanneer bij een goed te conserveeren geheim lange jaren verlopen vooraleer de uitvinder tot een octrooiaanvraag overgaat, hetgeen dan voor den indirecten ontleener te goeder trouw een belangrijke schadepost gaat beteekenen, zoo hem op grond van de ontleening het voorgebruiksrecht wordt geweigerd. ¹⁶⁾ Deze gevallen zijn niet denkbeeldig wanneer men ziet de jarenlange geheimhouding bijv. in de likeurindustrie en eigenlijk in al die bedrijven, die een zeer typisch kwaliteitsproduct leveren.

Het laten vervallen van de voorwaarde van kwade trouw bij de ontleening maakt het voorgebruik veel beperkter, dan indien overeenkomstig de bedoeling het artikel enkel door de kwade trouw wordt beheerscht. Het vraagstuk kan ook van de positieve zijde worden gezien en dan krijgt dit het karakter van de vraag: is voor het ontstaan van voorgebruiksrecht een zgn. Doppelerfindung noodzakelijk? Want indien iedere ontleening, ook die te goeder trouw, niet tot het voorgebruiksrecht kan leiden, dan moet, behoudens een enkele uitzondering, de voorgebruiker zelfstandig de uitvinding hebben gedaan naast den octrooiaanvrager-uitvinder.

De zinsnede nopens de ontleening is, gelijk eerder reeds is opgemerkt, tengevolge van een voorstel der Kamer in het artikel ingelascht. De bedoeling dezer wijziging in het wetsontwerp was, zich daarmede aan het in Duitschland geldende recht aan te sluiten. Hoewel de regeeringscommissaris Mr. Fruin reeds te kennen gaf, dat die bedoeling niet met de zinsnede

¹⁵⁾ Octrooiraad 25 November 1918, I.E. 1918, 237: „en dat het er niet toe doet of de teekening direct, dan wel indirect van den octrooiaanvrager afkomstig is”.

Deze beslissing is eigenlijk moeilijk te begrijpen. Was het mogelijk aan de afbeelding in het tijdschrift de uitvinding te ontleenen, dan is toch de nieuwheid niet meer gegeven?

¹⁶⁾ Meerdere toepassers moeten dan wel door bijzondere omstandigheden van elkaars gelijke uitvoering niets hebben bemerkt, of daaromtrent in het onzekere blijven.

zou worden bereikt ¹⁷⁾, terwijl tevoren de afgevaardigde Dr. Bos eveneens daarop had gewezen, lijkt het toch wenschelijk na te gaan, hoe men destijds in Deutschland over het vraagstuk dacht en hoe dit zich aldaar verder heeft ontwikkeld. De rechtspraak van het Reichsgericht eischte inderdaad destijds, dat voor voorgebruiksrecht een Doppelerfindung aanwezig moest zijn. Het recht van den voorgebruiker moest op langs originairen weg verkregen bezit der uitvinding steunen; iedere ontleening aan de kennis van den octrooiaanvrager maakte het bezit der uitvinding ondeugdelijk. ¹⁸⁾ De opmerkingen van Mr. Fruin en Dr. Bos in de Kamer waren dus niet juist. De onjuistheid is begrijpelijk, indien men weet, gelijk ook uit de Kamerstukken blijkt, dat bij de behandeling van het voorstel van wet in de Kamer de Kommentar van Damme een groote rol heeft gespeeld en Damme was, gelijk vele andere Deutsche schrijvers, niet met de leer van het Reichsgericht ingenomen. Damme ¹⁹⁾ en met hem Kohler ²⁰⁾, Seligsohn ²¹⁾, Schanze ²²⁾, Allfeld ²³⁾ en Krausse ²⁴⁾ nemen aan, dat Doppelerfindung niet noodzakelijk is en dat enkel malafide ontleening het uitvindingsbezit bij den voorgebruiker schaadt. Damme zeide in zijn Kommentar: „Von wem dieser (der Vorbenutzer) die Kenntnis hat, ist rechtlich gleichgültig, wenn diese Kenntnis nur nicht auf unredlichem Erwerbe beruht, der sich vom Patentinhaber selbst herleitet“. Verder nog gaat Schanze: „Das Gesetz verlangt Identität des Inhalts; liegt sie vor so ist Identität des Ursprungs kein Hindernis“ ²⁵⁾ Reichsgericht en wetenschap stonden dus ten tijde van de herinvoering van het octrooirecht hier te lande, wat betreft het vraagstuk der ontleening, tegenover elkaar.

Inmiddels hebben toch Mr. Fruin en Dr. Bos een profetischen

¹⁷⁾ Handelingen 2e Kamer 1909/1910, blz. 2132.

¹⁸⁾ Reichsgericht 11 Juni 1890, Entsch. 26, 64; Reichsgericht 11 April 1896, Entsch. 37, 41; Reichsgericht 24 Januari 1900, Entsch. 45, 116.

¹⁹⁾ F. Damme, Das deutsche Patentrecht, 2e Aufl. 1911.

²⁰⁾ J. Kohler, Handbuch des deutschen Patentrechts, 1900.

²¹⁾ A. Seligsohn, Patentgesetz, 7e Aufl. 1932.

²²⁾ O. Schanze, Patentrechtliche Untersuchungen, 1902/04.

²³⁾ Philipp Allfeld, Grundriss des gewerblichen Rechtsschutzes, 1910.

²⁴⁾ H. Krausse, Patentgesetz, 2e Aufl., 1936.

²⁵⁾ O. Schanze, Patentrechtliche Untersuchungen, blz. 362.

blik gehad. Nog vóór de inwerkingtreding onzer wet is het Reichsgericht „omgegaan” en heeft het zijn gevestigde leer omtrent de Doppelerfindung verlaten ²⁰⁾, waarvoor de opvatting van de malafide ontleening in de plaats is gekomen.

Het leerstuk is in Deutschland nog aanmerkelijk gewijzigd sinds de Novelle van 5 Mei 1936, die aan het eerste lid van thans § 7, vroeger § 5, een nieuwe zin toevoegde: „Hat der Anmelder oder sein Rechtsvorgänger die Erfindung vor der Anmeldung anderen mitgeteilt und sich dabei seine Rechte für den Fall der Patenterteilung vorbehalten, so kann sich der, welcher die Erfindung infolge der Mitteilung erfahren hat, nicht auf Masznahmen nach Satz 1 berufen, die er innerhalb von sechs Monaten nach der Mitteilung getroffen hat”.

Hoe echter voor onze wet te beslissen, nu de woorden der wet niet in overeenstemming zijn met de bedoeling daarvan, in verband met de beoogde aansluiting aan de Deutsche practijk, die eveneens verkeerd werd gezien? Is Doppelerfindung noodzakelijk in dien zin, dat elke ontleening door den voorgebruiker aan den aanvrager het voorgebruik ondeugdelijk maakt? Of is slechts de malafide ontleening, tegen den wil van den octrooiaanvrager, een beletsel voor het ontstaan van het recht?

In wezen komt de beantwoording dezer vragen neer op de voorstelling, die men zich maakt van het recht van den uitvinder op zijn uitvindingsgedachte. Wat toch is hier goede en wat kwade trouw? Dat is eigenlijk de eerste vraag die men dient te beantwoorden, voor al eer men het vraagstuk kan benaderen.

In de voorstelling van absoluten (analogischen) eigendom van den uitvinder over zijn gedachten vormt iedere ontleening ondeugdelijk bezit, daar zij een schending van het bezit van den uitvinder oplevert. Iedere bewuste ontleening is dan te kwader

²⁰⁾ Aanvankelijk ging dit een weinig onregelmatig en was er onzekerheid. In 1912 zag zich de derde Zivilsenat voor het vraagstuk geplaatst, Reichsgericht 22 Maart 1912, Juristische Wochenschrift 1912, 697. Dit betrof evenwel een geval van indirecte ontleening. De voor „Patentsachen zuständige erste Senat” hield nog in 1916 aan den eisch van Doppelerfindung vast, Reichsgericht 24 Mei 1916, Zeitschrift für Industrierecht 11, blz. 178. De eerste Senat heeft eerst later de leer van den derden Senat gevolgd: Reichsgericht 7 Juli 1926, G.R.U.R. 31-(1926)-478; Reichsgericht 15 December 1928, Entsch. 123, 58; en latere beslissingen.

trouw. Van goede trouw zou slechts sprake zijn, indien de overname der uitvinding plaats heeft met toestemming van den uitvinder, zooals dit ook in art. 9 O.W. is uitgedrukt. ²⁷⁾

Acht men het bezit der uitvinding vóór de indiening der octrooiaanvraag onbeschermd, dan is niet in te zien, waarom ontleening niet tot deugdelijk voorgebruiksrecht zou kunnen leiden, behoudens het geval, dat de wetenschap wederrechtelijk is verkregen. Men kan dan redelijkerwijze zeggen, dat de uitvinder zijn geheim beter had moeten bewaren en dat, gesteld dat een ander op rechtmatige wijze daarvan kennis heeft genomen, diens bezit volkomen rechtmatig èn tevens beschermenswaardig is. De kwade trouw is dan bepaald door de gewone begrippen van wederrechtelijkheid en hangt niet samen met eenig recht van bezit, dat de uitvinder op zijn denkbeeld kan doen gelden. Het is duidelijk, dat deze opvatting der kwade trouw naar onze meening niet aanvaardbaar is.

De eerstgenoemde beschouwing van het vraagstuk lijkt inderdaad de juiste. Voorgebruiksrecht is een erkenning van het bezit der uitvinding; men kan dat bezit en dat recht niet verwerven door het bezit van een ander te schenden, d.w.z. zonder diens toestemming daaraan te ontleenen. Het begrip goede en kwade trouw is in dit verband dus bepaald door de al of niet aanwezigheid van de toestemming des uitvinders en daarnaar zou de deugdelijkheid van het voorgebruik moeten worden beoordeeld. Aldus zou het ontleeningsvraagstuk hier ook gelijk zijn aan dat in art. 9 O.W. waar de wet het afhankelijk stelt van de toestemming des uitvinders.

Nochtans, de duidelijke bewoordingen der wet in art. 32 laten een interpretatie in deze richting niet toe. De wet spreekt niet van ontleening te goeder of kwader trouw; iedere ontleening is volgens haar een bezwaar tegen de erkenning van voorgebruiksrecht. Drucker ²⁸⁾ legt zich hierbij, kennelijk contre-

²⁷⁾ Telders, Handboek, blz. 310, Nr 334 heeft het vraagstuk gezien bij zijn critiek op Bodenhausen's studie. Hij stelt, dat de kwade trouw involge de wet identiek is met ontleening van wetenschap. Dan valt dus het onderscheid tusschen kwade en goede trouw volkomen weg, daar men niet te goeder trouw zou kunnen ontleenen. Tenzij men als zoodanig gaat zien het doen eener zelfstandige uitvinding, wat echter weinig zin heeft, daar er dan niet van ontleening te goeder trouw, maar van een eigen zelfstandig recht sprake is.

²⁸⁾ Drucker, Handboek, blz. 204.

coeur, neer, met de vraag evenwel, of de regeling een gelukkige mag worden geacht en onder verwijzing naar de tegen-gestelde bedoeling. Bodenhausen ²⁹⁾ leverde een uitvoerig betoog voor de beperking tot ontleening te kwader trouw, steunend op de ontstaansgeschiedenis der bepaling. Telders ³⁰⁾ houdt zich star vast aan de woorden der wet, zonder op de zaak in te gaan. De jurisprudentie beweegt zich overeenkomstig de woorden der wet: Octrooiraad 20 Maart 1924, I. E. 1924, 102, N. J. 1927, 12; Rb. Amsterdam 17 Februari 1931, W. 12337, N.J. 1931, 682.

Bij een tweetal casusposities doen zich bijzondere omstandigheden voor, n.l. in het geval de uitvinder uitdrukkelijk den voorgebruiker de toepassing der uitvinding heeft toegestaan en in het geval, dat zoowel de voorgebruiker als de octrooi-aanvrager gelijkelyk de wetenschap derivatief hebben verkregen van denzelfden persoon.

Bespreken wij eerst het geval van de uitdrukkelijk gegeven bevoegdheid tot toepassen. Zal men ook hier overeenkomstig het bovenstaande moeten beslissen? De wet zegt „... zijne wetenschap heeft o n t l e e n d”. Is hier ook onder te begrijpen de *overdracht* der wetenschap? Er is reden om aan te nemen, dat hier van *ontleening* in de specifieke beteekenis geen sprake is. De voorgebruiker is hier te beschouwen als de rechtsopvolger van den uitvinder, voor wat betreft de toepassing. Weliswaar is zijn wetenschap afgeleid van den uitvinder, doch dit kan men hem niet tegenwerpen. In zijn persoon is de wetenschap derivatief; evenwel als rechtsopvolger van den uitvinder is de wetenschap bij hem gelijkelyk originair te beschouwen, als die van den uitvinder. In dit geval is dan ook *ontleening* in den zin der wet niet aanwezig. ³¹⁾ Drucker en

²⁹⁾ Mr. G. H. C. Bodenhausen, De rechten van derden tegenover de z.g. Unie-prioriteit in het Nederlandsch Octrooirecht, R.M. 52-(1933)-28/72, in het bijzonder blz. 60 t.m. 66: „Beteekenis van goede trouw en ontleening van wetenschap”.

³⁰⁾ Telders, Handboek, blz. 309, Nr 334.

³¹⁾ Wat is de terminologisch-practische beteekenis van den term „ontleenen”? Wij kunnen ons hier beperken tot een begrenzing van het begrip naar één zijde. Er bestaat in het gewone verkeer verschil tusschen ontleenen en verkrijgen. Bij verkrijging, bij overdracht, is er dus geen sprake van ontleening in de specifieke beteekenis van het woord.

Voorts is er in den tekst — ook verderop — sprake van „rechtsopvolging”. Dit is

Telders ³²⁾ zien beiden in de gegeven toestemming tot toepassing een stilzwijgend verleende licentie. Daarmede is de voorgebruiker echter niet geholpen. Immers een dergelijke licentie zou slechts werken tegen den persoon van dengeen, die haar verstrekke. Bij gebreke van inschrijving mist zij iedere werking tegenover derden, latere verkrijgers der uitvinding of van het octrooi. Door overdracht der uitvinding of van het octrooi zou des voorgebruikers recht dus te loor kunnen gaan. Het is duidelijk, dat de deur voor ongewenschte practijken daarmede ver zou openstaan. In de practijk heeft zich één geval van uitdrukkelijk verleende toestemming voorgedaan. De Octrooiraad ³³⁾ hield met het „verkregen recht” rekening en de verzochte verklaring van voorgebruik werd afgegeven.

Het besprokene leidt tot een tusschenopvatting. Het vraagstuk der ontleening is steeds zoo gezien, als stonden voorgebruiker en uitvinder-octrooiaanvrager tegenover elkaar. Dit is de grondfiguur bij ontleening. Anders wordt de toestand, indien beiden niet tegenover elkaar staan, maar in *dit* opzicht samengaan, dat de wetenschap is overgedragen met het uit-

een analogisch gebruikte uitdrukking. Vóór de octrooiaanvraag heeft de uitvinder slechts een buitenpositiefrechtelijk recht tot toepassing en het is zeer de vraag of men een buitenpositiefrechtelijk recht kan overdragen. De term „rechtsopvolger” is dus analogisch gebruikt. Mag men dit doen, want door dien term analogisch te gebruiken beslist men reeds het geheele vraagstuk? Wij hebben het risico van analogische toepassing op ons genomen, in verband ook met onze beschouwingen in het eerste hoofdstuk. Het veelvuldig gebruik, dat de Hooge Raad in den laatsten tijd van de analogie maakt, geeft ons daarbij steun. Wij realiseeren ons, dat onze opvatting eigenlijk leidt tot reële executie van de overeenkomst tusschen den uitvinder en dengeen aan wien hij de toestemming gaf. Drucker en Telders, zooals hierna uit den tekst blijkt, doen hetzelfde op andere wijze. Zij kennen den verkrijger der toestemming tot toepassing een stilzwijgende licentie toe. Dit is ook een analogische term. Immers, vóór de octrooiverleening kan de uitvinder geen licenties in eigenlijken zin verleenen. De Octrooiraad kent in de jurisprudentie dengeen, die het bedrijf van een voorgebruiker vóór de octrooiverleening heeft overgenomen, de qualiteit van „rechtsopvolger” ook wat betreft het voorgebruiksrecht toe. Dit is mede een steun voor het door ons ingenomen standpunt.

³²⁾ Drucker, Handboek, blz. 208; Telders, Handboek, blz. 309, noot.

³³⁾ Aanvraagafdeeling 16 Juli 1925, I.E. 1927, 12. Telders (noot blz. 309) verwijst ten onrechte nog naar Afdeeling van Beroep 30 November 1925, I.E. 1927, 12. Dit geval betrof een opeisching ex art. 9 O.W., waarbij de eischer subsidiair verzocht om vaststelling eener licentie, waartoe de Octrooiraad uiteraard niet bevoegd is.

drukkelijk gegeven recht van toepassing. De „ontleening” scheidt dan uit het vraagstuk uit.

Scherper komt dit nog uit, wanneer voorgebruiker en octrooi-aanvrager wat de herkomst hunner wetenschap betreft in het geheel niet tegenover elkaar staan, doch beide hunne wetenschap van één voorman, den eigenlijken uitvinder, gelijkelijk afleiden.

Vooreerst dient gezegd, dat voor beiden mede in aanmerking komt hetgeen door hunnen rechtsvoorganger werd verricht. Voor den octrooiaanvrager volgt dit uit de Octrooiwet (art. 37), terwijl dit voor den voorgebruiker volgt uit het gemeene recht, analogisch toegepast. Dit laatste is ook de rechtspraak van den Octrooiraad.³⁴⁾

Wanneer nu zoowel de voorgebruiker als de octrooiaanvrager hunne wetenschap hebben verkregen van één voorman, is er van ontleening aan elkaar geen sprake. Zij staan dan met volkomen gelijke rechten naast elkaar. Hierbij moet er wel nauwlettend acht worden op geslagen, dat beiden inderdaad gelijkelijk rechtsopvolger zijn. Een situatie, waarin dit niet het geval was, vindt men in Afdeeling van Beroep 14 Februari 1930, I. E. 1930, 136. De uitvinder X had eerst zijn uitvinding verkocht aan A. Na eenigen tijd werd dit contract ontbonden, waarop X de uitvinding verkoopt aan B, die octrooi aanvraagt. A claimt nu voorgebruik. Uiteraard ten onrechte, daar hij zijn wetenschap aan X heeft ontleend, van wie enkel B rechtsopvolger is. Anders zou de situatie zijn, wanneer X zoowel aan A als aan B een zgn. „Geheimverfahren” had verkocht, waarvoor één van hen vervolgens octrooi aanvraagt. In dat geval zal er sprake zijn van voorgebruik, immers, wat de overname van wetenschap betreft, staan beiden volkomen gelijk. Men kan dan niet zeggen, dat de voorgebruiker heeft „ontleend” aan aanvrager.

Een bijzonder geval kan zich voordoen met betrekking tot den uitvinder, die enkel zijn *aanspraak op octrooi* heeft overgedaan. Behoudt deze eventueel recht van voorgebruik en kan zijn wetenschap dienen tot het ontstaan van voor-

³⁴⁾ Vgl. voor den voorgebruiker als rechtsopvolger: Octrooiraad 19 November 1918, I.E. 1918, 229; Aanvraagafdeeling 8 Januari 1924, I.E. 1927, 12; Implicite: Afdeeling van Beroep 6 Juni 1925, I.E. 1925, 151.

gebruiksrecht bij een ander? Het zuiverste komen deze vragen tot uitdrukking met betrekking tot den uitvinder in dienstverband, die ingevolge de wet (art. 10) zelf geen aanspraak op octrooi heeft. De wet kent hier aan den werkgever met zooveel woorden enkel de *aanspraak op octrooi* toe. Men zou zich dus op het standpunt kunnen stellen — bij een limitatieve interpretatie van dit artikel, zooals Telders voorstelt ⁸⁵⁾ —, dat de uitvinder alleen die aanspraak op octrooi mist en overigens het bezit der uitvinding — behoudens daartoe strekkende anders luidende contractueele bepalingen — volkomen aan zich houdt. Indien de uitvinder het gevondene aan den werkgever heeft medegedeeld, kan het voorkomen, dat deze niet of niet aanstonds tot octrooieering overgaat. Buiten iederen twijfel kan de uitvinder na beëindiging der arbeidsovereenkomst de uitvinding hetzij in eigen bedrijf, hetzij in het bedrijf van een ander, gaan toepassen. Wanneer later de eerste werkgever toch tot octrooieering overgaat, rijst de vraag, of het toepassen der uitvinding door den uitvinder-ex-werknemer voor zich of voor een ander grond tot voorgebruik kan opleveren. De Octrooiraad zag zich éénmaal voor een dergelijk geval geplaatst: Aanvraagafdeeling 11 Februari 1938, B. I. E. 1941, 152. De uitvinder was het eerst in dienstbetrekking geweest bij de aanvraagster, waar hij de doortrekgietvormmachine alleen of mede had ontwikkeld. Daarop kwam hij bij de verzoekster in dienst, waar hij eveneens de doortrekgietvormmachine had gebouwd. Toen de eerste werkgever daarop octrooi aanvroeg, pretendeerde de tweede voorgebruiksrecht. De Aanvraagafdeeling wees dit af, overwegende dat verzoekster geheel had ontleend aan de aanvraagster, zij het indirect door middel van den uitvinder. Uit de gepubliceerde beslissing blijken de verhoudingen niet volledig. Wanneer de verhouding in de eerste dienstbetrekking enkel door de wettelijke bepaling van art. 10 O.W. werd geregeld, ware er reden om anders te beslissen. De tweede werkgever is dan gelijkkelijk gerechtigd tot toepassing als de eerste, die de aanspraak op octrooi ingevolge de wet heeft verworven.

Men kan het bovenstaande ook anders zien. Het geval van den uitvinder in dienstbetrekking geeft wel een zuivere

⁸⁵⁾ Telders, Handboek, blz. 85, Nr 98.

scheiding van de aanspraak op octrooi en het bezit der uitvinding te zien, doch deze berust niet op overdracht, doch op de wet. De wet stelt door de bepaling van art. 10 O.W. eigenlijk twee uitvinders naast elkaar, n.l. de feitelijke uitvinder: de werknemer, en de wettelijke uitvinder: de werkgever. We hebben hier dus meer met een kunstmatig geval van „Doppelerfindung” te doen.

Het vraagstuk der ontleening van wetenschap kan men samenvattend als volgt overzien. De wet stempelt, tegen de bedoeling in, ieder voorgebruik, waarbij de wetenschap te goeder of kwader trouw aan den aanvrager is ontleend, tot ondeugdelijk. Voorgebruik is derhalve slechts dan aanwezig, indien het steunt op onafhankelijk verkregen wetenschap, dus op „Doppelerfindung”. De rechtspraak volgt hierin de wet, evenals de schrijvers, met uitzondering van Bodenhausen. De tusschengevallen van overdracht der uitvinding aan den voorgebruiker en van afgeleide wetenschap, zoowel bij voorgebruiker als octrooiaanvrager, worden door den wetstekst niet bestreken. Voor het eerste geval is er één uitspraak van den Octrooiraad ten gunste van den voorgebruiker; voor het tweede geval gaf de Octrooiraad één beslissing ten nadeele van den voorgebruiker, waarbij evenwel de verhouding niet duidelijk blijkt.

Onbesproken bleven een tweetal punten. Vooreerst de gedeeltelijke ontleening ³⁶⁾. Hierbij gaat het er vanzelfsprekend om, of de voorgebruiker het essentieele der uitvinding heeft ontleend, in welk geval zijn bezit ondeugdelijk is. Anders is dit, wanneer hij bij gedeeltelijke ontleening zelf nog een uitvinding moest doen; in het meerendeel der gevallen zal zijn bezit dan voor deugdelijk moeten worden gehouden, immers hij heeft het dan zelve verkregen. Interessanter is de vraag, welke door den Duitschen auteur Pietzcker ³⁷⁾ wordt gesteld, n.l. of een ondeugdelijk bezit kan worden verbeterd door overname

³⁶⁾ Dit geval kan zich allicht dan voordoen, wanneer de uitvinding bestaat in de inventieve oplossing van een *nieuw* probleem. Raakt het scherp gestelde probleem aan een deskundige bekend, dan kan deze dikwerf de oplossing ook vinden. Er is in dit geval slechts een zeer parteele ontleening, wanneer de oplossing ook op een uitvinding berust.

Men kan zich overgens in dit opzicht meerdere gevallen indenken.

³⁷⁾ E. Pietzcker, Patentgesetz, blz. 331, Anm. 16.

der uitvinding van iemand, wiens bezit gaaf is. Pietzcker merkt terecht op, dat dit na de octrooiverleening wel mogelijk zal zijn, indien mede het bedrijf wordt overgenomen. Dit is dan echter geen verbetering van de eigen positie, doch het verkrijgen van een andere daarnaast. Voordien acht hij verbetering van het bezit niet mogelijk, tot welke opvatting ook onze wet aanleiding geeft, ofschoon billijkheidshalve niet is te zien, waarom de voorgebruiker tegen het bewijs van ontleening der wetenschap geen tegenbewijs zou mogen leveren.

3. Wij zijn hiermede gekomen tot het derde en belangrijkste punt n.l. op welke wijze het bezit der uitvinding bij den voorgebruiker moet blijken.

De wet zegt, dat „datgene, waarvoor octrooi wordt aangevraagd” reeds „in of voor een bedrijf” moet zijn „vervaardigd” of „toegepast”. Woorden die, gelijk reeds in Hoofdstuk II opgemerkt, correleeren met de overeenkomstige bewoordingen in art. 30. Echter, er is een groot verschil in den tekst. Art. 30 spreekt van een voortbrengsel vervaardigen en een werkwijze toepassen. In art. 32 staat in plaats van voortbrengsel en werkwijze „datgene, waarvoor octrooi wordt aangevraagd”, de uitvinding dus.

Drucker³⁸⁾ leest dít alsof er stond voortbrengsel of werkwijze en Telders³⁹⁾ leest evenzoo, ofschoon laatstgenoemde zich realiseert, dat de tekst anders luidt. Voor deze wijze van lezen is geen grond aanwezig en een zoodanigen grond wordt door de beide genoemde auteurs ook niet opgegeven. Niet kan worden ontkend, dat het systeem der wet aanleiding tot deze wijze van lezen kan geven. Vanaf art. 1 worden de uitvindingen in de wet verdeeld in die voor voortbrengsels en die voor werkwijzen, waarop de woorden van art. 32 zeer juist passen. Toch is dit geen dwingend argument om in dien zin te lezen. De ontstaansgeschiedenis van het artikel bevat niets, dat in die richting wijst, zoodat er eerder aanleiding is om naar de normale beteekenis voor „datgene, waarvoor octrooi wordt aangevraagd” de *uitvinding* te lezen, zoodat

³⁸⁾ Drucker, Handboek, blz. 202, Nr 146.

³⁹⁾ Telders, Handboek, blz. 305, Nr 326.

iedere *toepassing* daarvan voorgebruiksrecht kan opleveren. Weliswaar is het woord „vervaardigen” dan overbodig wijl het zou kunnen worden gemist, doch in het geval, dat men anders leest, worden eenige toepassingen der uitvinding afgesneden.

Indien men met Drucker en Telders het artikel zoo opvat, dat voor de voortbrengsels alleen vervaardiging als grondslag voor voorgebruiksrecht in aanmerking komt, zijn daarmede uitgesloten de andere in art. 30 genoemde vormen van exploitatie der uitvinding, zooals in-verkeer-brengen en gebruiken. Dit is niet redelijk. Wanneer uit een dergelijke exploitatie objectief het bezit van de uitvindingsgedachte bij den voorgebruiker blijkt, zal men het op die wijze aangetoonde bezit evenzeer moeten beschermen, als dat, hetwelk uit vervaardiging blijkt. Hierbij moet evenwel aanstonds worden opgemerkt, dat de laatstgenoemde vormen van toepassen der uitvinding veel minder geeigend zijn om het bezit der uitvinding, de kennis der uitvindingsgedachte, aannemelijk te maken. Immers een voortbrengsel wordt meermalen gebruikt — hoe vaak gebeurt dit niet in onze technische wereld ⁴⁰⁾ — zonder dat de gebruiker ook maar in de verste verte eenig benaderend denkbeeld heeft omtrent de werking, omtrent de in het voortbrengsel vervatte uitvindingsgedachte. Bij in-verkeer-brengen werd reeds in Hoofdstuk II opgemerkt, dat de handelaar meestal evenzeer onwetend kan worden geacht met betrekking tot de uitvindingsgedachte. Toch neemt dit niet weg, dat er zich gevallen kunnen voordoen, waarin die wetenschap duidelijk kan blijken óók uit handelingen als in-verkeer-brengen en/of gebruiken. Men zal hier slechts nauwlettend hebben toe te zien, of uit zulke handelingen inderdaad het bezit der uitvinding objectief volgt. In verband met dit laatste leidt onze opvatting niet tot een groote afwijking van de gevolgde practijk.

Geëischt wordt in het artikel allereerst, dat de handelingen „in of voor een bedrijf” moeten zijn verricht. De beteekenis dezer woorden werd in hoofdstuk II bij de bespreking van art. 30 omschreven en naar mag worden aangenomen bestaat er in het algemeen geen reden om dezelfde woorden in één wet verschillend uit te leggen. In het wetsontwerp stond oor-

⁴⁰⁾ Vgl. Werner Sombart, *Deutscher Sozialismus*, 1934.

spronkelijk in beide artikelen „beroepmatig” en in beide artikelen is dit beweerdelijk germanisme vervangen door „in of voor zijn bedrijf”, een omstandigheid, die de gelijke beteekenis nog eens naar voren brengt. In gelijken zin Drucker ⁴¹⁾ en Telders. ⁴²⁾ De jurisprudentie neigt daarentegen meer naar de opvatting, dat er een bepaalde inrichting van bedrijf aanwezig moet zijn. ⁴³⁾ Dat men tot deze opvatting overhelt, is allicht verklaarbaar in verband met het vierde lid van art. 32, dat het voorgebruiksrecht bindt aan het bedrijf, zoodat het alleen daarmee verbonden aan anderen kan worden overgedragen. Mitsdien ziet men zich voor de vraag gesteld, of voorgebruiksrecht wel kan voorkomen, wanneer er geen bedrijf in den gebruikelijken zin aanwezig is. Veronderstel een ingenieur neemt zoodanige proefnemingen, dat een begin van uitvoering van het voornemen tot toepassing der uitvinding is aan te nemen. Hij handelt dan in den ruimen zin „in of voor zijn bedrijf”; de handeling is „beroepmatig”. Toch heeft hij geen inrichting van bedrijf, behoudens het geringe gereedschap, dat ter beschikking moet staan. Aldus kan zeer zeker voorgebruiksrecht zijn ontstaan, zonder dat een inrichting van bedrijf bestaat. Als voorwaarde voor het aantoonen van het bezit der uitvinding is in elk geval het voorhanden zijn van een inrichting van bedrijf niet vereischt, al zal de gemakkelijke aantoonbaarheid der toepassing onder het gemis lijden. Een enkel woord in dit verband nog over wetenschappelijke proefnemingen. Deze vallen zooals wij in het tweede hoofdstuk zagen niet onder art. 30 O.W. Of zij als grondslag kunnen dienen voor het ontstaan van voorgebruiksrecht werd daar open gelaten. Men zou hier inderdaad naar de verschillende ratio van art. 30 en art. 32 anders kunnen beslissen. Laten wij voorop stellen, dat het onderscheid tusschen wetenschap en industrie niet zoo groot is, als vaak wordt gemeend, zeker

⁴¹⁾ Drucker, Handboek, blz. 203/04, Nr 146.

⁴²⁾ Telders, Handboek, blz. 306, Nr 328.

⁴³⁾ Octrooiraad, Afdeeling van Beroep 6 Juni 1925, I.E. 1925, 151; Afdeeling van Beroep 12 Januari 1929, I.E. 1929, 34. Het laatste geval is eigenlijk minder duidelijk. Hier was wel een inrichting van bedrijf aanwezig geweest ten tijde van de toepassing, doch inmiddels was de inrichting naar het pakhuis verhuisd, waar deze stond te wachten op hervatting van de toepassing der uitvinding. Het betrof derhalve slechts een staking der toepassing.

niet in de natuurwetenschappen. Er zijn wetenschappelijke laboratoria, die somtijds veel het karakter hebben van een fabriekslaboratorium; anderzijds zijn er industriele laboratoria, die verdienstelijk zuiver wetenschappelijk werk verrichten. De oorzaak daarvan schuilt hierin, zooals Kögl⁴⁴⁾ het eens uitdrukte, dat bij wetenschappelijk onderzoek vaak praktische resultaten worden verkregen, terwijl wanneer men zoekt naar een industrieel project dikwerf niets dan wetenschappelijk waardevolle gegevens worden verkregen. Dit heeft tengevolge, dat ook inrichtingen van wetenschap zich mede instellen op het ontwikkelen van industriele objecten. Bovendien zijn er uitvindingen wier doel ligt op wetenschappelijk terrein, zooals het vervaardigen van inrichtingen en middelen tot het beoefenen der wetenschap, terwijl ook werkwijzen, zooals praepareeren e.d. zijn beschermd. Toepassing dezer laatste uitvindingen geschiedt in inrichtingen van wetenschap vanzelfsprekend in of voor het bedrijf; proefnemingen van de eerstbedoelde soort vallen daarbuiten, wijl men de ontwikkeling van nieuwe denkbeelden niet wil tegengaan. Als voorwaarde voor voorgebruiksrecht zou men ze in een typisch geval onder de bedrijfshandelingen kunnen brengen van hen, die ze uitvoeren. Vooral dan, wanneer de vooropgezette bedoeling tot het ontwikkelen van een industrieel project aanwezig was. Ook hier zal echter niet vlug de wil tot industriele toepassing kunnen blijken.

In de Deutsche wetenschap treft men de vraag besproken, of de Staat een bedrijfshandeling kan stellen om als voorgebruiker te kunnen optreden⁴⁵⁾. Het lijkt niet twijfelachtig, dat dit inderdaad zoo is en het volgt implicite uit de beslissingen van Octrooiraad 11 Januari 1922, N. J. 1923, 376 en Octrooiraad, Aanvraagafdeeling 7 November 1933, B. I. E. 1935, 110, in welke procedures de Staat optrad. Voor de bepaling van den omvang en de overdraagbaarheid van het voorgebruiksrecht van den Staat, biedt dit geval, vanwege de omvangrijkheid van het „bedrijf” wel eenige bijzonderheden.

Nopens de toepassing der uitvinding als voorwaarde voor voorgebruiksrecht is een ruime casuïstiek van besliste gevallen

⁴⁴⁾ Prof. Dr. F. Kögl, Inaug. Rede Utrecht, 1930; niet in druk verschenen.

⁴⁵⁾ Zie o.a. Kohler, Handbuch, blz. 464.

aanwezig. Reeds bij de bespreking der onder 1 behandelde gevallen van gedeeltelijke kennis der uitvinding zagen wij de voleinde toepassing. Deze verschaft minder moeilijkheden dan de onvoleinde toepassing, wanneer nog slechts een begin van uitvoering van het voornemen tot toepassing aanwezig is.

Bespreken wij eerst voor zoover nog noodig de voleinde toepassing. De toepassing der uitvinding moet zoodanig zijn, dat daaruit objectief de kennis der uitvinding bij den voorgebruiker voortvloeit. Dit zagen wij reeds. Bij vervaardiging van een geëlectrooieerd voortbrengsel of bij toepassing eener geëlectrooieerde werkwijze zal daaromtrent weinig twijfel rijzen, daar deze vormen van toepassing der uitvinding bij uitstek geschikt zijn om die kennis te doen blijken.

Anders is dit bij voortbrengsels, wanneer de toepassing der uitvinding niet is gelegen in vervaardigen, doch in in-verkeer-brengen of gebruiken. De jurisprudentie huldigt t.a.v. deze vormen trouwens het beginsel, dat enkel vervaardiging tot voorgebruiksrecht kan leiden. Als zoodanig is dit onjuist. Er is reeds uiteengezet, dat de wet niet zoo moet worden gelezen, dat vervaardigen slaat op voortbrengsels en toepassen op werkwijze, zoodat geen andere wijze van exploitatie der vinding in aanmerking zou kunnen komen. Een dergelijke lezing kan tot zeer onredelijke resultaten aanleiding geven. Het is toch zeer wel mogelijk, dat bijv. vervaardiging in Nederland, om welke reden dan ook is uitgesloten. De voorgebruiker is dan verplicht in het buitenland, daar waar de vervaardiging kan geschieden, te doen vervaardigen. Men redeneere nu niet, dat in het hier bedoelde geval, ofwel het octrooi geen waarde heeft, ofwel het artikel der wet niet zou dienen ter bescherming der nationale industrie. De eerste tegenwerping is onjuist, wijl immers het octrooi naast vervaardiging nog andere bevoegdheden geeft. Aan de tweede ontbreekt iederen grondslag, omdat nergens die bescherming der nationale industrie als grondslag van art. 32 blijkt. Bovendien is ieder zuiver nationalistisch motief hier ver te zoeken. Stel het octrooi bevindt zich in handen van een buitenlander, wat gemeenlijk het geval zal zijn, wanneer hier te lande niet kan worden geproduceerd. Indien nu een Nederlandsch handelaar in het buitenland heeft doen vervaardigen, en daarop een bedrijf heeft opgebouwd, zou de strekking van het artikel, wanneer

aan den handelaar geen voorgebruiksrecht toekomt, juist deze zijn, dat het Nederlandsche bedrijfsleven, het Nederlandsche bezit der uitvinding, géén bescherming geniet. Het met zorg opgebouwde afzetgebied in Nederland, zou dan als een rijpe vrucht in de hand van den buitenlandschen octrooihouder vallen. Dit lijkt ongerechtvaardigd. Wanneer uit een toepassingshandeling — of dit vervaardiging, in-verkeerbrenge dan wel gebruiken betreft, is onverschillig — objectief de kennis der uitvinding bij den voorgebruiker blijkt, komt aan hem voorgebruiksrecht toe. Anders de jurisprudentie: Rb. 's-Gravenhage 23 April 1929, W. 12060. In casu was slechts één radiolamp, die aan het octrooi beantwoordde, verkocht. Het vonnis werd bevestigd door Hof 's-Gravenhage 25 November 1929, W. 12064, N.J. 1930, 245. Dezelfde Rechtbank zag zich kort daarop voor een soortgelijk geval gesteld, Rb. 's-Gravenhage 13 Februari 1930, W. 12126. De Deutsche firma Pomosin en haar Nederlandsche vertegenwoordigster van der Vijver werden door de Amerikaansche Certo Corporation beticht van inbreuk op haar Nederlandsch Octrooi Nr. 8106. ⁴⁶⁾ De gedaagden maakten voorgebruiksrecht geldend op grond van het verhandelen van het product. De rechtbank stelde dit ter zijde. Evenwel is dit een typisch geval waarbij kennis der uitvinding, althans bij de in het buitenland vervaardigende gedaagde, met reden kan worden verondersteld. Een duidelijk geval nog van bezit der uitvinding bij den voorgebruiker leverde de procedure Philips/Saraber, Rb. Amsterdam 17 Februari 1931, W. 12337, N. J. 1931, 682. Saraber had n.l. onbetwist de radio-schakeling volgens het octrooi toegepast vóór den datum der octrooiaanvraag, doch aangenomen werd, dat zij deze vervaardiging definitief had gestaakt. Zij beriep zich nu op voorgebruiksrecht voortvloeiend uit voortgezette verkoop van toestellen, waarin de schakeling was toegepast. De Rechtbank zag blijkbaar zelf wel in, dat dit beroep niet zonder meer van de hand kon worden gewezen, daar zij overweegt „maar het verkoopen wel een aanwijzing kan zijn,

⁴⁶⁾ Conclusie octrooi Nr 8106: Werkwijze voor de behandeling van pectinehoudende vloeistoffen, afkomstig van appels of dergelijk fruit of groente, ter bereiding van een helder pectineconcentraat, met het kenmerk, dat het zetmeel, dat daarin voorkomt (bij voorkeur door middel van een diastatisch enzym) in een ander en oplosbaar koolhydraat wordt omgezet.

dat de vervaardiging geschiedde in of voor het bedrijf". Dit laatste is hier een achterdeurtje. Het Hof in Arnhem besliste uitdrukkelijk bij een arrest van 3 November 1931, W. 12399, N. J. 1932, 543, dat het woord „toepassen" in art. 32, alleen slaat op werkwijzen, zoodat bij voortbrengsels vervaardiging moet worden gesteld. Het octrooi Nr 20403 voor een stookinrichting⁴⁷⁾ was hier in het geding. De gedaagden beriepen zich op voorgebruiksrecht, dat volgens hen zou voortvloeien uit verhandelen en „installeren" van dergelijke inrichtingen vóór den indieningsdatum der aanvraag. Het is mogelijk, dat het installeren dier inrichtingen noodwendigerwijze kennis der uitvinding met zich mede brengt. In dat geval had het Hof dit dienen te onderzoeken. Ook de Octrooiraad zag zich éénmaal voor het hier besprokene geplaatst: Afdeeling van Beroep 16 Januari 1939, B. I. E. 1939, 96. Verzoekster had de Vitamine-A tabletten volgens de octrooi-aanvraag Nr 72222, thans octrooi Nr. 45193⁴⁸⁾ met haren finantieelen steun doen vervaardigen door de N.V. Philips' Gloeilampenfabrieken te Eindhoven. Het bezit der uitvinding is hier dus aanwezig te achten. Desondanks wees de Octrooiraad het verzoek om de verklaring van voorgebruik af, waarbij zij het openstaande achterdeurtje, dat de Rb. in Amsterdam gebruikte, over het hoofd zag.

Uit het hiervoren besprokene, in verband met het geval van Rb. 's-Gravenhage 25 November 1929, W. 12064, N. J. 1930, 245, volgt reeds, dat, naar de door ons verdedigde meening,

⁴⁷⁾ Conclusie octrooi Nr 20403 Inrichting voor het toevoeren van voorverwarmede, secundaire verbrandingslucht voor stookinrichtingen, gevormd door een hol, door de verbrandingsgassen verwarmd lichaam, dat bevestigd is aan een sluitklep, welke toegang geeft tot de vuurzone, met het kenmerk, dat het verwarmingslichaam uitgevoerd is als een langgerekt plaatvormig orgaan met een heen en weer gaand luchtkanaal, van welk laatste de eene uitmonding loodrecht op de lengteas van het lichaam staat, terwijl de andere uitmonding evenwijdig aan de lengteas loopt

⁴⁸⁾ De conclusie 1 van het octrooi Nr 45193, ten name der N V Organon te Oss, is Werkwijze ter bereiding van bestendige, bij kamertemperatuur vaste, nagenoeg watervrije vitamine-A preparaten, daardoor gekenmerkt, dat geconcentreerde vitamine-A preparaten (of olieoplossingen daarvan) met vaste stoffen, die vitamine-A kunnen oplossen maar niet stabiliseeren en met hydrochinon of p-amidophenol (of hun derivaten) deze laatste in hoeveelheden van meer dan 0.5% gemengd worden, met uitzondering nochtans van chocolade, die vitamine A, cacaoboter en hydrochinon bevat

toepassing der uitvinding door middel van een handeling met betrekking tot het product eener geoctrooieerde werkwijze, voorgebruik kan opleveren voor het werkwijzeoctrooi. Nu zijn er ook octrooien, die eenerzijds een voortbrengsel, anderzijds een werkwijze beschermen. Minder moeilijkheden biedt daarbij het geval, dat het voortbrengsel het product der werkwijze is, daar dit reeds, naar de hier voorgestane opvatting, volgens algemeene regelen mede door het werkwijze-octrooi is beschermd. Anders liggen de verhoudingen echter, indien mede beschermd is een toestel of inrichting ter uitvoering der werkwijze. Heeft dan degeen, die het toestel reeds vervaardigde, ook voorgebruik t.a.v. de werkwijze? Aangenomen, dat beiden op dezelfde uitvindingsgedachte berusten, wat trouwens noodig is voor octrooieering in één octrooi, zal men met Pres. Leeuwarden 16 Maart 1939, B. I. E. 1940, 18⁴⁹⁾, mogen aannemen, dat dit inderdaad het geval is. De omgekeerde casuspositie zal zich niet licht voordoen.

Een typisch geval van „twee man's toepassing” deed zich nog voor in Octrooiraad, Aanvraagafdeeling 29 November 1934, B.I.E. 1935, III. Het betrof de octrooiaanvraag Nr 59757 —thans octrooi Nr 36480— voor: „Werkwijze voor de bereiding „van oplosbaar zetmeel, dextrine en andere hydrolyseproducten „van zetmeel, met het kenmerk, dat zetmeelmelk behandeld „wordt met een oxydeerend agens, zooals een chloor bevattende „stof, die het zetmeel sensibiliseert en een reactieproduct met „het zetmeel vormt, dat het verkregen reactieproduct op „een bepaalde P_H wordt ingesteld, afhangende van het hydrolyse- „product, dat men wenscht te verkrijgen, dat vóór of na deze „instelling aan het reactieproduct water wordt onttrokken, „dat het product zoo noodig gewasschen wordt en dat het „product vervolgens gedroogd en verhit wordt tot een tempe- „ratuur en gedurende een tijd, die afhangt van den aard van „het te verkrijgen hydrolyseproduct”. Deze werkwijze bleek door twee verzoeksters vóór den indieningsdatum der aanvraag te zijn toegepast, d.w.z. door ieder voor een deel. Achtereenvolgens werd het eerste stadium der werkwijze in de ééne en vervolgens het laatste stadium in de tweede fabriek uitgevoerd. Aangenomen, dat uit beider bewerking, voor ieder het bezit

⁴⁹⁾ Niet geheel duidelijk.

der volledige uitvinding voortvloeit, hebben beiden voorgebruiksrecht; is dit niet het geval, dan is er geen voorgebruik. De Octrooiraad ging echter te werk volgens de methode van nu wijlen Salomon en hakte het voorgebruiksrecht in tweeën, ieder latende, wat hij tot dan toe deed.

Voorgebruik op grond van indirecte toepassing der uitvinding is in onze rechtspraak nog niet aan de orde gekomen. In Hoofdstuk II zagen wij, dat vele octrooien niet anders dan indirect plegen te worden toegepast. Indirecte toepassing zal dus ook tot voorgebruiksrecht kunnen leiden. In Duitschland vindt men sinds 1927 regelmatig voorgebruik op grond van indirecte toepassing der uitvinding erkend. Reeds de eerste beslissing van het Reichsgericht van 25 Maart 1927, het bekende „Schuhkappen“-geval ⁵⁰⁾, over de indirecte octrooibreuk, leverde tevens een geval van voorgebruik op. Het D.R.P. 216802 beschermde volgens de conclusie „Schuhkappen mit Verstärkungseinlage, dadurch gekennzeichnet, dass letztere aus Steifleinen mit ein- und aufgepressten Zelluloidschichten besteht“. De gedaagde vervaardigde een stof „Dermatoid“, die zij voor het bewuste doel aan schoenfabrieken leverde. Het Reichsgericht stelde vast, dat die levering (indirect) valt onder het octrooi. Daar gedaagde deze handelingen echter reeds verrichtte vóór het indienen der octrooiaanvraag werd haar recht van voorgebruik erkend. Deze rechtspraak is later steeds bevestigd ⁵¹⁾. Zij, die de indirecte octrooibreuk onder de onrechtmatige daad brengen ⁵²⁾, zullen bij dit leerstuk een analoog voorgebruiksrecht moeten invoeren!

Een practische vraag is nog deze: Kan het bewijs van het bezit der uitvinding nog met andere middelen worden aangevuld, boven datgene, wat blijkt uit de toepassingshandelingen zelve? Hetgeen uit de naakte feiten blijkt, zal wellicht eenige toelichting behoeven nopens het kader, waarin een en ander is geschied. Er is dan geen bezwaar tegen het bewijs aan te vullen. Een enkele maal werden daartoe feiten gebruikt, die in den tijd nà de octrooiaanvraagdatum liggen. Zoo in Afdeeling

⁵⁰⁾ G.R.U.R. 32-(1927)-696.

⁵¹⁾ Reichsgericht 15 December 1928, Entsch. 123, 58; vgl. lagere rechtspraak bij Petzold, G.R.U.R. 42-(1937)-589.

⁵²⁾ Vgl. Hoofdstuk II.

van Beroep 18 Februari 1935 B.I.E. 1936, 56. De beslissing betrof een geval van begin van uitvoering van het voornemen tot toepassing, waarbij vanzelfsprekend de gebleken feiten vaak meerdere toelichting behoeven. In het algemeen lijkt het toelaten van een dergelijke aanvullende bewijsvoering gevaarlijk, in het bijzonder wanneer een dergelijke bewijsvoering geschiedt met feiten liggende na den datum der aanvraag.

Wanneer de toepassing niet is voleind, kan uit een begin van uitvoering het bezit der uitvinding bij den voorgebruiker voldoende blijken. Wat in dit verband een begin van uitvoering is, wordt beheerscht door de vraag, of het bezit der uitvinding objectief daaruit kan blijken. Mede zou volgens literatuur en rechtspraak een subjectief moment zijn vereischt, inzooverre ook de wil, het voornemen tot bedrijfsmatige toepassing zou moeten worden aangetoond. Het laatste valt met het eerste samen, indien men „uitvinding” zoo opvat, dat een bedrijfsklare uitvinding in elk geval wordt vereischt. Het voornemen, tot toepassing zal dan wel steeds aanwezig mogen worden geacht, tenzij het tegendeel blijkt. Achteraf, en men beschouwt deze zaken immers steeds achteraf, zal daaromtrent weinig twijfel kunnen bestaan.

Uitgewerkte plannen, beschrijvingen, teekeningen, e.dgl. die de uitvindingsgedachte bevatten, kunnen dus voldoende zijn. Het komt er daarbij op aan, dat deze stukken de uitvinding in voleind stadium toonen. Zoo achtte Octrooiraad, Aanvraagafdeeling 14 Juli 1923, I.E. 1923, 122, het bezit van blauwdrukken voldoende, terwijl Octrooiraad, Afdeeling van Beroep 9 April 1925 I.E. 1925, 146, ruwe schetsen van de betrokken glasstrekinrichting onvoldoende achtte. Bevreemdend is de beslissing van Octrooiraad, Afdeeling van Beroep 6 Maart 1937, B.I.E. 1938, 35, volgens welke een eigen eerdere (ingetrokken) octrooiaanvraag geen grond tot voorgebruiksrecht kan opleveren. De Raad wees hier terecht de analogie met art. 7, tweede lid O.W. af, maar zag over het hoofd, dat een beschrijving der uitvinding aanwezig was, zoodat het bezit der uitvinding was gebleken ⁵³⁾. Meer onder de voleinde toepassing is eigenlijk

⁵³⁾ De beslissing had betrekking op de octrooiaanvraag Nr 62041 = octrooi Nr 41231, voor een machine voor het vormen van werkstukken, in het bijzonder van suikerwaren en gebak.

te rekenen het geval van Rb. Utrecht 3 Mei 1934, B.I.E. 1935, 69, betreffende tentoonstelling van een bagagebinder op een rijwielbeurs. De bekende bagagebinder volgens octrooi Nr 31903 was hier reeds, zij het in minstens één stuks, voleind vervaardigd ⁵⁴⁾. — Van de erwtenschooninrichting volgens de octrooi-aanvraag Nr 72869, thans octrooi Nr 43683, was door een pretensen voorgebruiker een model vervaardigd ⁵⁵⁾. De Afdeeling van Beroep van den Octrooiraad oordeelde dit model genoegzaam als een begin van uitvoering van het voornemen tot toepassing, ook al vertoonde het model kleine verschilpunten met de octrooiaanvraag ⁵⁶⁾.

Zeer omstreden is de vraag of proefnemingen voldoende zijn als begin van uitvoering. Een algemeen geldend antwoord is op die vraag ook niet te geven; het hangt uitermate van de omstandigheden af. Telders ⁵⁷⁾ merkte op: „Proefnemingen

⁵⁴⁾ De conclusie van octrooi Nr 31903 is: Inrichting voor het vasthouden van bagage op een bagagedrager van een rijwiel, voorzien van één of meer elastische banden met haken, met het kenmerk, dat de einden van de(n) elastische(n) band of banden zijn verbonden met stangen, die dwars op deze(n) band of banden staan, terwijl de einden der stangen zoodanig haakvormig zijn omgebogen, dat zij na het spannen van den band of de banden om twee, tot de bagagedrager of rijwiel behorende, naar boven divergeerende, buizen of stangen kunnen worden gehaakt.

Of de tentoonstelling van een dergelijke bagagebinder de nieuwhed der uitvinding niet aantastte, is blijkbaar niet aan de orde gekomen.

⁵⁵⁾ De eerste conclusie van octrooi Nr 43683, ten name van Simplex Seed Sorters Ltd., luidt: Inrichting voor het scheiden van gave en wormstekige erwten of dergelijke plantaardige producten, gekenmerkt door een bewegend oppervlak, waar de producten mee in aanraking worden gebracht, en dat voorzien is van op regelmatige afstanden van elkaar aangebrachte naaldvormige uitsteeksels, die gericht zijn tegen de relatieve beweging van de producten ten opzichte van de uitsteeksels, zoodanig, dat wormstekige producten door de uitsteeksels worden opgenomen en meegevoerd naar een afvoerinrichting, terwijl de gave producten tusschen de uitsteeksels doorgaan naar een tweeden afvoer.

⁵⁶⁾ Afdeeling van Beroep 2 Juli 1938, B.I.E. 1939, 34.

Het model verschilde van de aanvraag doordat (1) de naaldvormige uitsteeksels niet waren gericht tegen de relatieve beweging der producten in; (2) er waren geen twee afvoerinrichtingen aanwezig; (3) het bewegend oppervlak, waarop de naaldvormige uitsteeksels voorkomen, was niet hellend; (4) de naaldvormige uitsteeksels maakten geen scherp hoek met het oppervlak.

De punten van afwijking achtte de Afdeeling van Beroep niet kenmerkend voor de uitvinding. Het komt er op aan, of met een inrichting volgens het model inbreuk op het octrooi zou worden gemaakt.

⁵⁷⁾ Telders, Handboek, blz. 306, Nr 330.

„kunnen aan het voornemen (besluit) tot toepassing voorafgaan „of daarop volgen. Het zal dus van den aard der proeven afhangen, of zij als begin van uitvoering van het voornemen tot „toepassing der uitvinding zijn te beschouwen dan wel geacht „moeten worden slechts te hebben gediend om op de vraag „of men tot de vervaardiging van het voortbrengsel of de „toepassing der werkwijze zal overgaan, een behoorlijk ge„motiveerd antwoord te kunnen geven”. Dit is onjuist gedacht. Telders ziet te veel naar het voornemen. Het komt daarentegen meer aan op wat men onder proefnemingen verstaat; op welke wijze daaruit het bezit der uitvinding kan blijken. In dit verband is Telders' eersten zin zeer juist. Proefnemingen kunnen aan het bezit der uitvinding voorafgaan; het zijn dan pogingen („Versuche”) om het bezit der uitvinding te verwerven, proefnemingen in eigenlijken zin dus. Aan zulke proefnemingen is vanzelfsprekend geen waarde toe te kennen, daar zij geen teeken zijn, noch kunnen zijn, van het bezit der uitvinding. Nu kunnen echter proefnemingen ook op het bezit der uitvinding — al of niet door experimenten verkregen — volgen, men kan m.a.w. de uitvinding gaan „uitprobeeren” in technisch of commercieel opzicht. Zulke proefnemingen, vooral als zij in meerderen getale zijn verricht, kunnen het bezit der uitvinding toonen, al zal men hiermede om meer dan een reden voorzichtig moeten zijn. Uit het voorgaande volgt reeds, dat de schaal, waarop de proeven worden genomen, in beginsel van geen belang is: proefnemingen op technische of semi-technische schaal brengen echter eerder het vermoeden mede, dat de uitvinding technisch is voleind. Dit wil echter niet zeggen, dat proeven op laboratorium-schaal, op typische proevenschaal dus, dat vermoeden moeten ontberen. Van doorslaggevende betekenis is steeds het resultaat der proeven. Is, om welke reden dan ook, geen gunstig resultaat bereikt, of werd het niet gerealiseerd, dan is de proef als grondslag voor voorgebruiksrecht steeds mislukt. Onjuist lijkt de beslissing van Octrooiraad, Aanvraagafdeeling 20 Augustus 1931, W. 12381, N.J. 1932, 389, die, althans voorzoover uit het gepubliceerde zichtbaar, zonder meer besliste, dat toepassing „bij wijze van proef” onvoldoende is. Overeenkomstig onze opvatting werd beslist door Rb. 's-Gravenhage 27 Juni 1933, B.I.E. 1934, 15, dat proefnemingen, waarin gedaagde zelf

geen heil had gezien, niet kunnen worden aangemerkt als begin van uitvoering. Het betrof de schakeling van de radiozend-inrichting van het General Electric Octrooi Nr 7684 ⁵⁸⁾. In andere gevallen leidden genomen proefnemingen inderdaad tot voorgebruiksrecht. De Octrooiraad, Aanvraagafdeeling 27 Januari 1934, B.I.E. 1935, 110, besliste, dat voortgezette proefvervaardiging van een 500-tal doozen volgens de aanvraag Nr 61216 voldoet aan de voorwaarden voor erkenning van voorgebruiksrecht ⁵⁹⁾. De Octrooiraad, Afdeeling van Beroep 18 Februari 1935, B.I.E. 1936, 56, besliste tot voorgebruik bij een aantal proefstukken volgens de octrooiaanvraag Nr. 53714 — octrooi Nr 35045 ⁶⁰⁾. De proefstukken alleen gaven echter niet den doorslag. Daar kwam nog bij, dat een teekening aanwezig was betrekking hebbende op de constructie volgens de aanvraag, terwijl een voortgezette fabricage van machines had plaats gehad, waarbij van de uitvinding gebruik was gemaakt. De Afdeeling wijst op de nauwe samenhang tusschen die handelingen, die tenslotte elk afzonderlijk wel als uitvoeringsvormen werden aangemerkt (een deel der handelingen had plaats gegrepen na den indieningsdatum). Een beslissing waarbij de schaal der proeven mede van beteekenis werd geacht, is nog die van Octrooiraad, Aanvraagafdeeling 13 Juli 1935, B.I.E. 1936, 65. Het onderwerp der beslissing was de octrooiaanvraag

⁵⁸⁾ Conclusie 1 van octrooi Nr 7684: Schakeling met een thermionisch toestel met drie elektroden, met het kenmerk, dat de kathode door wisselstroom wordt verhit en de kathode uitwendig zoodanig is verbonden met de anode en den rooster, dat het gemiddelde potentiaalverschil tusschen de kathode eenerzijds en den rooster anderzijds onafhankelijk is van de aan de kathode voor verwarmingsdoeleinden aangelegde wisselspanning.

⁵⁹⁾ De conclusie der octrooiaanvraag 61216 = octrooi Nr 32838 luidt: Verpakking voor fruit of groente, bestaande uit een doos van waterdicht golfpapier, dat aan den bovenrand van de opstaande wanden omgevouwen is en die in elk der hoeken, waar de opstaande wanden tegen elkaar sluiten, aan de binnenzijde van een houten hoeksteun is voorzien.

⁶⁰⁾ De conclusie van octrooi Nr 35045, ten name van Siemens-Schuckertwerke A.G. luidt: Van door lasschen bevestigde spaken of gelijkwaardige andere deelen (bij voorbeeld een of meer schijven) voorziene rotor voor een electrische machine, met het kenmerk, dat de door lasschen bevestigde deelen zonder gebruik van een naaf direct aan de as gelascht zijn.

Nr 63643 — octrooi Nr 36715 ⁶¹⁾). De verzoekster om een verklaring van voorgebruik verzocht een beperkte verklaring voorzoover zij in haar laboratorium had bereid vanilline uit iso-eugenol volgens de werkwijze der octrooiaanvraag. De Afdeeling overwoog, dat met de werkwijze resultaten waren verkregen en dat in een chemische fabriek geen scherpe scheiding valt te trekken tusschen laboratorium en bedrijf, nu laboratoriumproeven op steeds grootere schaal plegen te worden genomen, zooals hier, waar reeds een koperen ketel in bedrijf was genomen. Vervaardiging op grootere schaal was uitgebleven vanwege de ongunstige economische omstandigheden.

De besliste gevallen doen wel zien, dat de neiging om in proefnemingen een begin van uitvoering te zien geen groote is. Gezien de vele dubia die hier rijzen, is dit een loffelijke voorzichtigheid te achten. Met proefnemingen alleen, is de kans op erkenning van voorgebruiksrecht zeer gering.

4. Het laatste punt betreft plaats en tijd der toepassingshandelingen. Betreffende de plaats, waar de voorgebruikshandelingen moeten zijn verricht, stelt de wet den eisch, dat zij gelegen moet zijn binnen het Koninkrijk. Tot het Nederlandsche grondgebied zijn ook te rekenen Nederlandsche oorlogsschepen waar zij zich ook bevinden en de Nederlandsche handelsschepen op de hooge zee. Moeilijkheden levert deze materie niet op. Telders wijst er nog eens op ⁶²⁾, dat ten aanzien van het begin van uitvoering van het voornemen tot toepassing den dubbelen eisch geldt, dat zoowel het begin van uitvoering als de voorgenomen uitvoering in Nederland, d.w.z. het Koninkrijk zal moeten hebben plaats gehad, resp. op bedrijfsmatige toepassing in Nederland ziet.

In het voorgaande werd verdedigd, dat genoegzaam is wanneer één der in art. 30 genoemde toepassingshandelingen in Nederland

⁶¹⁾ Conclusie van octrooi Nr 36715 ten name van Hoffmann-La Roche & Co. A. G. te Bazel: Werkwijze ter bereiding van hydroxy-phenylmethanalen door oxydatie van de alkaliverbindingen van de overeenkomstige propenyl- of hydroxymethyl-derivaten met behulp van nitroverbindingen, met het kenmerk, dat men phenolen, die op de 2- of 4-plaats een propenylgroep of een hydroxymethylgroep bevatten in waterig-alkalische oplossing met nitroverbindingen oxydeert, die door aanwezigheid van SO₃H- of COOH-groepen in alkalihoudend water oplosbaar zijn.

⁶²⁾ Telders, Handboek, blz. 307, Nr 330.

plaats vond, bijv. verkoopen, terwijl de vervaardiging elders heeft plaats gehad.

De beperking tot „binnen het Koninkrijk” gelegen handelingen kan voor de industrie meer dan een bezwaar opleveren. Vooral bij internationaal georiënteerde concerns doet zich de bedenking gevoelen, dat deze dikwerf in een hunner buitenlandsche ondernemingen geheel of gedeeltelijk *doen* vervaardigen. Allerlei redenen kunnen daartoe nopen, zooals betere ligging, outillage of beter geschoold personeel, goedkoopere kracht e.dgl. Het komt aldus voor, dat een voor de Nederlandsche markt bestemd product, grootendeels in het buitenland in een tot een Nederlandsch concern behorende fabriek wordt vervaardigd. Boven werd reeds opgemerkt, dat zoodanig verkoopen in Nederland, waaruit het bezit der uitvinding blijkt, wel als grondslag voor voorgebruik kan dienen. Men heeft hier ook nog een achterdeurtje inzooverre men onder vervaardigen ook voor het bedrijf *doen* vervaardigen kan rekenen.

Geheel overeenkomstig letter en strekking van art. 2 der Parijsche Conventie schijnt de beperking tot „binnen het Koninkrijk” niet te zijn. Art. 2 der Parijsche Conventie bepaalt toch: „Les ressortissants de chacun des pays contractants „jouiront dans tous les autres pays de l'Union, en ce qui „concerne la protection de la propriété industrielle, des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou „accorderont par la suite aux nationaux, le tout sans préjudice „des droits spécialement prévus par la présente Convention. „En conséquence, ils auront la même protection que ceux „ci et le même recours légal contre toute atteinte portée à „leurs droits, sous réserve de l'accomplissement des conditions „et formalités imposées aux nationaux.

„Toutefois, aucune condition de domicile ou d'établissement „dans le pays où la protection est réclamée ne peut être exigée „des ressortissants de l'Union, pour la jouissance d'aucun des „droits de propriété industrielle. ⁶³⁾

„Sont expressément réservées les dispositions de la législation „de chacun des pays contractants relatives à la procédure „judiciaire et administrative et à la compétence, ainsi qu'à „l'élection de domicile ou à la constitution d'un mandataire,

⁶³⁾ Cursiveering van mij.

„qui seraient requises par les lois sur la propriété industrielle.” Ontegenzeggelijk valt de plaats-beperking der voorgebruikshandeling niet onder het eerste lid, want er is hier geen verschil van behandeling tusschen nationalen en niet-nationalen. Ook de Nederlander, die buiten Nederland een voorgebruikshandeling stelt, heeft volgens de wettelijke regeling geen voorgebruiksrecht. Anders is dit echter met betrekking tot de strekking van het tweede lid. Daar is bepaald, dat *i e d e r* recht van industrieelen eigendom — waaronder ook het voorgebruiksrecht is te rekenen — onafhankelijk is van het hebben van een woonplaats of *b e d r i j f* in het betreffende land. Het derde lid, dat de uitzonderingen bevat, houdt geen uitzonderingsbepaling voor het voorgebruik in. Mitsdien kan men de plaats-beperking in art. 32 O.W. in strijd achten met art. 2 der conventie. Ziet men in het voorgebruiksrecht de bescherming van het verkregen bezit der uitvinding, blijkend uit een bedrijfsmatige toepassingshandeling, dan is niet in te zien, waarom men de mogelijkheid tot het aantoonen van het uitvindingsbezit zou beperken tot in Nederland verrichte handelingen. Schrapping van dit punt lijkt dan ook gewenscht.

Het *tijdstip* der toepassingshandelingen moet uit den aard der zaak zijn gelegen vóór den indieningsdatum der octrooi-aanvraag, wil er van vóórgebruik sprake kunnen zijn. In navolging der Duitsche wet zegt ons art. 32: „Hij, die op het tijdstip van eene aanvraag om octrooi door een ander reeds in of voor zijn bedrijf vervaardigde of toepaste”. Evenzeer in navolging der Duitsche practijk wordt deze omschrijving door iedereen zoo gelezen, dat „ten tijde” der aanvraag moet zijn toegepast. Dwingende reden om aldus te lezen is er echter niet. Men kan de vermelding van „op het tijdstip der aanvraag” evengoed zoo opvatten, dat het de dagbepaling is, waarnaar den verleden tijd der werkwoorden dient te worden gerekend. Aldus heeft de tijdsbepaling zijn redelijken zin. Zooals gemeenlijk wordt gelezen, vraagt men zich af, om welke mysterieuze reden nu de toepassingshandeling, waaruit het bezit der uitvinding bij den voorgebruiker moet blijken, juist precies met het tijdstip der aanvraag dient samen te vallen. Voor den voorgebruiker is dit hoogst onredelijk, vooral, wijl hij toch immer onbekend moet zijn met den datum van indiening door een derde. Trouwens niemand leest de tijdsbepaling letterlijk zoo,

dat op dag, uur en minuut der aanvraag zou moeten zijn toegepast. In de jurisprudentie zijn zelfs gevallen bekend, waar het voorgebruik een tiental jaren vóór de indieningsdatum der octrooiaanvraag lag. Waarom dan met zooveel klem vastgehouden aan het tijdstip der aanvraag? Een grond daarvoor is deze, dat men algemeen aanneemt, dat het voorgebruiksrecht kan worden verwerkt, door *definitieve* prijsgeving van het systeem der uitvinding, door *definitief* niet verder toepassen dus. Dit laatste is juist, wanneer daaruit wordt afgeleid een onvolkomenheid in het bezit der uitvinding. Door niet voortgezette toepassing kan blijken, dat degeen, die weliswaar had toegepast, niet voldoende inzicht in de uitvinding heeft gehad. Uit die staking vloeit echter niet rauwelijks het vermoeden voort, dat inderdaad het bezit der uitvinding gebrekkig was, want er kunnen immers tal van redenen zijn, die de staking wettigen. Derhalve mag worden aangenomen, dat het voor den pretensen voorgebruiker voldoende is, dat hij door het bewijs van toepassingshandelingen zijn bezit der uitvinding aantoont, waarbij dan aan den octrooiaanvrager of octrooihouder de mogelijkheid openstaat, om bij onderbroken toepassing een gebrek in het uitvindingsbezit aannemelijk te maken.

Met onderbroken toepassing is blijkens de jurisprudentie de voorgebruiker wel geplaagd. De Octrooiraad, Afdeeling van Beroep 6 Juni 1925, I.E. 1925, 151, oordeelde, dat verzoeker zich niet op het voorgebruik van haar rechtsvoorgangster kon beroepen, daar deze de vervaardiging van de rijwielzadels volgens de aanvraag reeds lang had gestaakt. De beslissing van Afdeeling van Beroep 12 Januari 1929, I.E. 1929, 34, betrof eveneens een onderbroken bedrijf, echter waren alle inrichtingen nog aanwezig om dit te hervatten. Desniettegenstaande werd de verklaring van voorgebruik geweigerd. In beide gevallen meende de Octrooiraad ten onrechte, dat geen bedrijf meer aanwezig was geweest. De Rb. Amsterdam 17 Februari 1931, W. 12337, N.J. 1931, 682, besliste, dat het niet noodzakelijk is, dat de voorgebruikshandeling op dag en uur der octrooiaanvraag plaats vond, doch eveneens onvoldoende is, wanneer de voorgebruikshandeling vóór dien datum ligt; men zou inmiddels het voorgebruik kunnen hebben gestaakt. Deze beslissing toont duidelijk, dat den voorgebruiker meer in de schoenen wordt geschoven, dan redelijkerwijze kan

worden verlangd. Wanneer de voorgebruikshandeling involge de wet vóór de indieningsdatum moet liggen is niet in te zien, waarom den voorgebruiker nog eens moet worden belast met het bewijs, dat hij niet definitief heeft gestaakt, een stelling, die niet de zijne zal zijn! Het geval van Rb. 's-Gravenhage 27 Juni 1933, B.I.E. 1934, 15, lag eenigszins anders. De gedaagde, die in een inbreukzaak bij wege van exceptie voorgebruik pretendeerde, kon niet anders aantoonen, dat dat hij bijna twee jaren vóór den indieningsdatum der octrooiaanvraag proefnemingen had gedaan, waarin hij zelf geen heil zag. Wij bespraken dit geval reeds boven. Vooral indien proefnemingen zijn onderbroken kan dit wijzen in de richting van onvolkomen bezit der uitvinding. Een zeer merkwaardige casuspositie deed zich voor in Octrooiraad, Aanvraagafdeeling 15 November 1939, B.I.E. 1941, 96. De voorgebruiker had zonder den geringsten twijfel het bezit der uitvinding gehad, aangezien hij zelfs een derde aan een goeden grondslag voor voorgebruiksrecht had geholpen — zie de samenhangende beslissing der Afdeeling van Beroep 12 Februari 1941, B.I.E. 1941, 94. De verzoeker in eerstgenoemde beslissing had de litigieuze werkwijze der octrooiaanvraag Nr. 77764 ruim zeven jaren vóór den indieningsdatum der octrooiaanvraag toegepast en had destijds ook zelf een octrooiaanvraag voor het procédé ingediend. Vervolgens was hij in contact gekomen met een derde en had zich daartegenover verbonden, om de werkwijze gedurende 10 jaren niet meer toe te passen, terwijl zijn octrooiaanvraag werd ingetrokken. De verzoeker behield een gereed bedrijf om na afloop der overeenkomst de werkwijze zelf te hervatten. Hier was derhalve wel een onderbreking in de toepassing, doch een zeer gemotiveerde, die bovendien niet impliceert, dat hier definitieve staking, in den zin van prijsgeve van het procédé, aanwezig was. De Afdeeling weigerde evenwel de verklaring. Men kan nu meenen, dat verzoeker „zijn eerstgeboorterecht voor een schotel linzen had verkocht”, dit is echter geen reden om aan te nemen, dat hij daarbij zelf geen rechten overhield.

Andere gevallen vielen in gunstiger zin voor den voorgebruiker uit. Een goed beeld van een gemotiveerde onderbreking levert Rb. Arnhem 6 Juni 1933, B.I.E. 1933, 92, bevestigd voor Hof Arnhem 2 Mei 1934, W. 12806, N.J. 1934, 1208, inzake Van

Hasselt / Arnhemsche Stoomsleephelling. In het geding was het Octrooi Nr. 20883 voor een grindbaggermolen ⁶⁴⁾. De aanvraag voor dit octrooi dateerde van 6 Juni 1925. Nu kon de gedaagde, wegens inbreuk aangesproken, niets anders voor haar voor-gebruik stellen, dan dat zij in 1909 één grindbaggermolen volgens de octrooiaanvraag op bestelling had geleverd. Ten aanzien van de aldus 16-jarige onderbreking in de toepassing merkte zij op, dat grindbaggermolens uiteraard geen artikel vormen, dat in serie voor de markt wordt vervaardigd, doch enkel door haar op bestelling worden geleverd. De behoefte aan gesorteerd grind zou in Nederland tusschen 1909 en 1925 zeer gering zijn geweest, vandaar, dat het bij die eene bestelling was gebleven. Rechtbank en Hof namen hierop aan, dat inderdaad „uit de onderbreking geen vermoeden van staking der toepassing viel af te leiden”. Deze zinsnede duidt er op, dat toch de onderbreking in het algemeen volgens het Hof een vermoeden van staking met zich zou brengen, zoodat het aan den voorgebruiker is, het tegendeel aan te toonen. In het midden latende, dat dit bij een zoo langdurige onderbreking wel het geval kan zijn, is er in het algemeen toch meer voor te zeggen, om het vermoeden van bezit der uitvinding bij den voorgebruiker te laten, indien hij dit op zeker tijdstip vóór den indieningsdatum heeft aangetoond. In dezen zin ook Aanvraagafdeeling Octrooiraad 19 Juli 1934, B.I.E. 1935, III. De verzoekster om de verklaring van voorgebruik had bewezen, dat zij eenige jaren voor den indieningsdatum der octrooiaanvraag Nr. 48661

⁶⁴⁾ De conclusies van het octrooi Nr 20883, ten name van J. van Hasselt te Lent luiden:

1. Grindbaggermolen, waarbij het opgebaggerde materiaal gestort wordt in een naar de eene zijde van den baggermolen hellende goot, waarin een horde voor het grind en eventueel een voor de bonken en waarboven een sproeinrichting ligt, hierdoor gekenmerkt, dat onder de grindhorde in de genoemde goot een naar de zijde van den baggermolen hellende goot aansluit, waarboven een tweede sproeinrichting en waarin een of meer horde(n) liggen, terwijl onder de horde(n) in de tweede goot een in de lengterichting van den baggermolen loopende leiding aansluit voor het afvoeren van zand en spoelwater uit de tweede en eventueel bonken uit de eerste goot.

2. Grindbaggermolen volgens conclusie 1, waarbij een tweetal horden in de tweede goot door een dicht gedeelte voorafgegaan en door een dicht gedeelte gescheiden worden.

= octrooi Nr 34149 ⁶⁵⁾ reeds radiotoestellen met de uitgevonden schakeling had vervaardigd. De Aanvraagafdeeling liet aan de octrooiaanvraagster, de N.V. Philip's Gloeilampenfabrieken, het bewijs, dat hierop staking der toepassing zou zijn gevolgd, en verstrekke bij gemis aan dat bewijs, de verzochte verklaring van voorgebruik. Evenzoo Rb. 's-Gravenhage 12 November 1940, B.I.E. 1941, 52. De voorgebruiker eischte een verklaring van recht omtrent haar voorgebruik en bewees, dat zij een acht-tal maanden vóór de indiening der aan het octrooi Nr. 43501 ten grondslag liggende octrooiaanvraag ⁶⁶⁾ de speciale toegangsbewijzen volgens de uitvinding had gedrukt. De gedaagde-octrooihoudster wierp staking tegen, doch de Rechtbank verstrekke de geëischte verklaring van recht, daar de octrooi-houdster haar stelling niet aannemelijk maakte. In het vervolg dezer zaak, Hof 's-Gravenhage 20 April 1942, N.J. 1942, Nr. 494, Octrooi en Merk 1943, Nr. 2, werd nader ingegaan op de mogelijkheid van staking in verband met het feit, dat staking zou kunnen volgen uit het niet meer maken van reclame voor de betreffende toegangsbewijzen.

De jurisprudentie nopens de staking der toepassing heeft, zooals bleek, een wisselend verloop, wat weinig zekerheid geeft.

⁶⁵⁾ Conclusie van het octrooi Nr 34149 der N.V. Philips' Gloeilampenfabrieken: Hoogfrequentversterker, welke een aantal in een gemeenschappelijke kast geplaatste vaste spoelen bevat en waarbij de instelling van de zelfinducties der spoelen op de juiste waarden wordt verkregen met behulp van beweegbare plaatjes of soortgelijke lichamen van geleidend materiaal, met het kenmerk, dat de spoelen in van te voren vastgestelde combinaties in een trillingskring zijn te schakelen en waarbij de beweegbare instellichamen alle in of nabij niet aan elkander grenzende eindvlakken der spoelen zijn opgesteld, een en ander zoodanig, dat de instelling der zelfinductie van de combinaties bij een juiste volgordekeuze achtereenvolgens nauwkeurig kan geschieden, zonder dat de stand der instellichamen van de spoelen, die niet tot de in te stellen combinatie behooren, daarop invloed uitoefent en wel doordat deze laatstgenoemde lichamen door een of meer tusschenliggende bij de instelling en bij gebruik kort te sluiten spoelen van de in te stellen combinatie zijn afgeschermd.

⁶⁶⁾ Conclusie van het octrooi Nr 43501 der N.V. Ned. Speciaal Drukkerijen te Rotterdam: Aaneengeschakelde strook van ieder op zich zelf tweedeelige toegangsbewijzen of dergelijke, waarbij beide deelen van het toegangsbewijs zoodanig zijn uitgevoerd, dat het eene deel als contrôlemiddel dienen kan en waarbij de tweedeelige toegangsbewijzen onderling door perforatielijnen of dergelijke zijn gescheiden, met het kenmerk, dat, ter vereenvoudiging van het verzamelen der contrôledeelen, telkenmale aan weerszijden van de perforatielijnen (p), welke de tweedeelige toegangsbewijzen in serie onderling van elkander scheiden, een gelijke opdruk is aangebracht.

Indien wordt gelet op de beteekenis van het bezit der uitvinding zijn de hier rijzende gevallen tot een duidelijke oplossing te brengen ⁶⁷⁾.

Alle vragen met betrekking tot het tijdstip der voorgebruikshandeling zijn hiermede niet besproken. Een belangrijk thema is nog dit, of in het voorrangstijdvak, liggende tusschen een buitenlandsche octrooiaanvraag en de overeenkomstige aanvraag hier te lande, voorgebruiksrecht kan ontstaan. Dit is zoowel ten onzent als in het buitenland omstreden geweest. Niet zoozeer wat betreft de vraag, of die voor den indieningsdatum hier te lande liggende voorgebruikshandeling inderdaad tot voorgebruiksrecht aanleiding kan geven, dan wel wat betreft de wenschelijkheid van de algemeen bevestigend beantwoorde vraag omtrent de verkrijging van voorgebruiksrecht in het voorrangstijdvak. Dit werd vrij unaniem niet wenschelijk geacht en op het Congres van Londen in 1934 is dan ook in het artikel 4 der Conventie de gediscrimineerde passage „*sous réserve des droits des tiers*” geschrapt, zij het, dat de aldus gewijzigde Conventie nog niet is geratificeerd. De geschiedenis dezer passage is overbekend, zoodat daar niet uitvoerig op zal worden ingegaan. De bedoeling der Parijsche Conventie was in art. 4 neer te leggen, dat een octrooiaanvraag ingediend met beroep op voorrang, op grond eener binnen één jaar in een der verdragsluitende landen ingediende overeenkomstige octrooiaanvraag, zou worden behandeld als te zijn ingediend op den datum der oorspronkelijke octrooiaanvraag in den vreemde. Door een misverstand, met name in het leven geroepen door den Nederlandschen gedelegeerde, werden in het artikel ingelascht de woorden „*sous réserve des droits des tiers*”. Het was n.l. niet duidelijk welke rechten men hier op het oog had. Eerst langzamerhand heeft zich de opvatting ontwikkeld, dat verkregen voorgebruiksrechten in het voorrangstijdvak onder de

⁶⁷⁾ Zooals Drucker, Telders en in het algemeen de jurisprudentie de beteekenis van de definitieve staking opvatten, komt deze neer op verwerking van recht, zonder dat daarover iets in de wet staat. Het lijkt te ver te gaan een zoo ingrijpende rechtsverwerking uit het enkele woordje „op” te willen lezen. De manoeuvre van Telders met dit woordje „op” is allermerkwaardigst. — Handboek, blz. 307, Nr. 331. Hij zegt allereerst „op” beteekent niet „vóór”. Gevraagd naar wat dan „op” wel beteekent, is de eerste regel deze, dat „op” toch beteekent „voor”, terwijl er verder dan nog de rechtsverwerking in te lezen zou zijn.

beruchte woorden waren te brengen, zoodat bij de herziening der Conventie in Brussel in 1900 de voorgestelde schrapping daarop afstuitte. In art. 7 onzer wet treft men eveneens het voorrangsrecht omschreven „onder voorbehoud der rechten van derden” en het leidt geen twijfel, dat de bedoeling voorzat, om het verkrijgen van voorrangsrechten in den prioriteits-termijn mogelijk te maken ⁶⁸⁾. De jurisprudentie is dan ook, met uitzondering van Rb. Utrecht 11 Januari 1922, W 10885, N.J. 1923, 263, eensgezind van opvatting, dat voorgebruiksrecht in het voorrangstijdvak deugdelijk kan worden verkregen: Octrooiraad 19 November 1918, I.E. 1918, 229 (passim); Afdeeling van Beroep 5 Januari 1925, I.E. 1925, 29, N.J. 1925, 638 (uitvoerig); Afdeeling van Beroep 14 Maart 1930, I.E. 1930, 106; Rb. Rotterdam 7 October 1932, B.I.E. 1933, 7, N.J. 1933, 337, W. 12593, Octrooi en Merk 1933, 230; Rb. Amsterdam 28 Juni 1935, B.I.E. 1936, 63. Van de schrijvers is Drucker ⁶⁹⁾ aarzelend, met overigens goede argumenten voor de tegen-gestelde opvatting. Telders ⁷⁰⁾ en Bodenhausen ⁷¹⁾ gaan in dezelfde richting als de jurisprudentie. Met de ratificatie van den Londenschen tekst der Conventie en wijziging der wet en op dit punt, zal aan de „droit des tiers” en daarmee aan voorgebruiksrecht in den prioriteitstermijn een einde komen.

Een bijzonder geval van het voorgaande waarover minder eenstemmigheid bestaat is de regeling van art. 7, lid 2, laatste zin: „Zoodanige binnen dien tijd (voorrangstijdvak) door een ander gedane (gelijksoortige) aanvraag *kan* echter tot toepassing van art. 32, eerste lid, grond opleveren”. Waarop slaat het woordje „*kan*”? Drucker ⁷²⁾ meent, dat er aanleiding bestaat om zoo te lezen, dat de octrooiaanvraag alleen niet voldoende is om voorgebruiksrecht te verkrijgen, doch dat daarnaast nog een voorgebruikshandeling noodig is. Bij deze opvatting heeft de bewuste zin geen beteekenis, want enkel die voorgebruikshandeling is reeds voldoende voor de verkrijging van het recht; uit de octrooiaanvraag vloeit dan niets voort.

⁶⁸⁾ Vgl. de uitdrukkelijke bewoordingen van den regeeringscommissaris, Mr. Fruin, Hand. IIe Kamer 1909/10, 2119 en Hand. Ie Kamer 1909/10, 49.

⁶⁹⁾ Drucker, Handboek, blz. 252, Nr 185.

⁷⁰⁾ Telders, Handboek, blz. 308, Nr 332.

⁷¹⁾ Bodenhausen, R.M. 52-(1933)-55 v.v.

⁷²⁾ Drucker, Handboek, blz. 252, Nr 185.

Telders en Bodenhausen ⁷³⁾ nemen beiden aan, dat alleen reeds de octrooiaanvraag voldoende is. Bodenhausen, en daarbij sluit Telders zich aan, legt het woordje „kan” zoo uit, dat de octrooiaanvraag enkel indien aan de objectieve eischen van octrooieerbaarheid is voldaan, tot voorgebruiksrecht kan leiden. Hiermede schieten zij over hun eigen stellingen heen. Beiden zien n.l. met den regeeringscommissaris, Mr. Fruin ⁷⁴⁾, in de aanvraag een begin van uitvoering van het voornemen tot toepassing — het is immers een „plan” der uitvinding — doch waarom moet dit octrooieerbaar zijn, om als zoodanig te kunnen worden beschouwd? Voldoende lijkt, dat de aanvraag op dezelfde uitvinding betrekking heeft en die uitvinding duidelijk inhoudt. Of zij om formeele of materiele redenen niet tot een octrooi had kunnen leiden, is irrelevant. Bodenhausen wijst op het geval, dat de uitvinding niet meer nieuw is, door publicatie der octrooiaanvraag in den vreemde en bedoelt daarmede waarschijnlijk te zeggen, dat ontleening van wetenschap daardoor mogelijk is geweest. Het gaat echter bij ontleening niet om de mogelijkheid daartoe; de ontleening zelf zal moeten worden aangetoond. Het geval van art. 7, lid 2 is dus samenvattend zoo te verstaan, dat de simpele octrooiaanvraag tot voorgebruiksrecht leidt, behoudens het geval van ontleening, waarop het woordje „kan” ziet ⁷⁵⁾. Het is, indien men Mr Fruin volgt, ook niet zoozeer een bijzonder geval, dan wel een gewoon geval van begin van uitvoering. Mitsdien zijn dan ook onjuist de reeds besproken beslissingen van de Afdeeling van Beroep 14 Februari 1930, I.E. 1930, 136, en 6 Maart 1937, B.I.E. 1938, 35, waarin beroep werd gedaan op voorgebruiksrecht voortvloeiende uit een octrooiaanvraag, terwijl de oudere of jongere zonder unieprioriteit was ingediend, en dit beroep werd afgewezen. Het is geen analoge toepassing van art. 7, lid 2, die werd gevraagd, doch een beroep op een begin van uitvoering, wat in beide gevallen de grondslag is.

De tentoonstellingsprioriteit, uit art. 8 O.W., is anders

⁷³⁾ Telders, Handboek, blz. 312, Nr 339; Bodenhausen, R.M. 52-(1933)-52 v.v.

⁷⁴⁾ Hand. Ie Kamer 1909/10, 50.

⁷⁵⁾ Wij hebben aan het „kan”-vraagstuk de eer bewezen, die dit vraagstuk nu eenmaal geniet; wij hopen, dat het de laatste eer is geweest. Zou het eigenlijk niet heel eenvoudig zoo zijn, dat „kan” beteekent „kan”, d.w.z. „het behoeft niet”?

omschreven, dan de unieprioriteit; volgens de wet wordt de aanvraag steunend op tentoonstellings-prioriteit *geacht te zijn ingediend* op den prioriteitsdatum. Ook is van rechten van derden geen sprake in art. 8. Derhalve zal voorgebruiksrecht in dezen prioriteitstermijn van 6 maanden niet kunnen ontstaan.

Zijn wij hiermede gekomen aan het einde van de vier punten onder de voorwaarden van voorgebruiksrecht, er is toch nog een quaestie te bespreken van meer algemeenen aard. En wel de vraag, of voorgebruik kan ontstaan, indien de bezitter der uitvinding om een of andere reden niet kon of mocht toepassen. Een dergelijke casuspositie troffen wij aan bij den contractueel gebonden voorgebruiker, Octrooiraad, Aanvraagafdeeling 15 November 1939, B.I.E. 1941, 96. Er kunnen zich echter soortgelijke situatie's voordoen met betrekking tot van een ouder octrooi afhankelijke octrooien, aanvullings-octrooien en wanneer de geoctrooieerde vinding niet kan worden toegepast wegens strijd met de wet, wat aan het einde van hoofdstuk II werd besproken. In de eerste plaats is hier mogelijk, dat ondanks het oudere octrooirecht of ondanks strijd met de wet de voorgebruiker toch heeft toegepast. Vitieert dit het voorgebruiksrecht, afgezien van het risico waaraan de voorgebruiker zich blootstelt, door bekendmaking van zijn handelingen? Naar het schijnt is dit niet het geval. In ons recht is geen regel bekend, dat aan onrechtmatig handelen ieder voordeel moet worden ontzegd. Wanneer bewuste inbreuk op een ouder octrooirecht van denzelfden houder is gebleken, zou men de neiging kunnen gevoelen om bij wege van schadevergoeding in elk geval reeds het voorgebruik te annuleeren. Dit zal evenmin mogelijk wezen als de ontkenning van het ontstane voorgebruiksrecht in het algemeen, wijl schadevergoeding naar oude beginselen enkel strekt tot een vergoeding in geld. De hier bestreden oplossing der vraag zou ook onredelijk zijn in verband met het feit, dat voorgebruik in die casus-posities wel kan ontstaan door een minder blijk van de kennis der uitvinding, n.l. door een begin van uitvoering van de toepassing. Deze botst vanzelfsprekend niet met het recht van een ouderen octrooihouder of met de wet. Bij begin van uitvoering der toepassing kan voorgebruiksrecht dus zeer zeker ontstaan. Het lijkt redelijk, dat hier niet te stringent

den eisch wordt gesteld, dat toepassing later ook moet zijn gevolgd; immers de onderbreking in de toepassing heeft een duidelijke rechtvaardiging. Met name wanneer de uitvinding is in strijd met de wet, zoodat zoowel de octrooihouder als de voorgebruiker niet kunnen toepassen, is er alle reden, om de onvoltooid gebleven toepassing den voorgebruiker niet aan te rekenen. Is ieder begin van toepassing door den bezitter der uitvinding op grond van rechten van derden of van wettelijke bepalingen uitgebleven, dan kan van voorgebruik geen sprake zijn ⁷⁶⁾.

⁷⁶⁾ De jurisprudentie en literatuur van dit hoofdstuk is, op een enkele uitzondering na, waarin nog latere gegevens werden gebruikt, bijgewerkt tót December 1942.

HOOFDSTUK VI.

OMVANG EN AARD VAN HET VOORGEBRUIKSRECHT.

De omvang van het voorgebruiksrecht wordt dikwerf in nauwen samenhang met het beginsel, waarop men het laat berusten, bepaald. Neemt men aan, zooals veelal wordt gedaan, dat het voorgebruiksrecht enkel dient ter bescherming van reeds bestaande industrie, dan vloeit de omvang voort uit de feitelijke toepassingshandelingen door den voorgebruiker gesteld: wat hij deed zal hij mogen blijven doen, niets méér. Het zal duidelijk zijn, dat dit standpunt hier niet wordt gedeeld, zooals in hoofdstuk IV is uiteengezet. Is het voorgebruiksrecht de erkenning van het recht van bezit der uitvinding, dan is er in beginsel geen beperking tot de toepassingshandelingen, welke, naar onze opvatting, slechts als bewijs van het bezit der uitvinding zijn te beschouwen. Is eenmaal het bezit der uitvinding aangetoond, dan is er, althans in beginsel, geen reden tot eenige beperking van het recht van den voorgebruiker. Deze zienswijze sluit volkomen aan bij den wetstekst, luidende: „Hij blijft niettegenstaande het octrooi, als voorgebruiker, bevoegd de in art. 30, eerste lid, bedoelde handelingen te verrichten” In het ontwerp van wet luidde deze zinsnede: „Hij blijft niettegenstaande het octrooi tot verdere beroepmatige vervaardiging of toepassing bevoegd”, welke tekst eerder aanleiding kon geven tot de meening, dat het recht van den voorgebruiker niet verder gaat dan hetgeen reeds door hem is verricht.

Naar het schijnt vindt laatstgenoemde opvatting niet enkel zijn grond in het beginsel van bescherming van reeds bestaande industrie. Onder invloed vooral van de publicatietheorie zal men allicht niet geneigd zijn, om den voorgebruiker een ruimere rechtspositie te verschaffen, dan de nauw gemeten billijkheid strikt noodzakelijk maakt; men neigt dan meer tot beperking

van dit uitzonderingsrecht. Echter ook als men in het voor-gebruiksrecht de erkenning van het bezit der uitvinding ziet, is er geen aanleiding den voorgebruiker een ruimer uitzonderingsrecht te verzekeren, dan in verband met zijn bezit strikt gewenscht is. Alléén in beginsel is zijn toepassingsrecht gelijk aan dat van den uitvinder-octrooiaanvrager. Er kunnen uitzonderingen op dien regel zijn.

Die uitzonderingen hangen samen met het vraagstuk der eenheid van uitvinding, waarbij ook de strekking van volgconclusies aan de orde komt. Deze materie zij hier allereerst besproken.

Art. 5A O.W. zegt, dat elke aanvraag om octrooi slechts mag strekken tot het verkrijgen van uitsluitende rechten op één uitvinding. Dit artikel, dat eerst in 1921 in de wet is opgenomen, heeft onbetwist een fiscale strekking; het voorkomt, dat meerdere uitvindingen in één aanvraag worden ondergebracht teneinde op die wijze taxen te ontduiken. Is de strekking der bepaling onbetwist, over het begrip éénheid van uitvinding loopen de meeningen zéér uiteen, met name ook tusschen de verschillende afdeelingen van den Octrooiraad, die bij uitsluiting met de toepassing van dit artikel is belast. Een omlijnde interpretatie heeft de Octrooiraad niet gegeven. Het Deutsche Reichspatentamt heeft den stelregel ontwikkeld, dat er technischen samenhang moet zijn.¹⁾ Het is niet noodig, dat in de octrooiaanvraag slechts één uitvindingsgedachte is neergelegd; er kunnen bijvoorbeeld direct inventieve verbeteringen of uitvoeringsvarianten mede in worden opgenomen. Wel moet den technischen samenhang zoo zijn, dat alles samenhangt met één grondgedachte en de uitvoering daarvan. Is het dus, administratief gezien, niet noodig, dat in één octrooiaanvraag ook slechts één uitvindingsgedachte voorkomt, anderzijds kan bij de bepaling van den omvang der rechten, uit die ééne octrooiaanvraag voortvloeiend, worden gezegd, dat wat de octrooiaanvrager eenmaal heeft samengevoegd ook verder als een eenheid dient te worden beschouwd. Immers er is voor hem geen noodzaak om meerdere uitvindingsgedachten in een aanvraag onder te brengen. Het risico der samenvoeging is uitsluitend voor hem.

¹⁾ Patentamt 24 September 1913, Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen 1913, blz. 292; voor verschillende gevallen is het vereischte van technischen samenhang in de beslissing nader uitgewerkt.

Over de volgconclusies heeft veel verschil van meening bestaan. De wet regelt de conclusies in art. 20, derde lid, waar is bepaald: „De aanvraag moet vergezeld zijn van eene duidelijke en volledige beschrijving van de uitvinding, *als van eene nauwkeurige aanduiding van datgene, waarvoor het uitsluitend recht wordt verlangd*”. In het octrooiereglement is dit nader uitgewerkt in art. 23, vierde lid: „Zij (de beschrijving) moet zooveel mogelijk datgene wat nieuw is en waarvoor het uitsluitend recht wordt verlangd, aan het slot in eene of meer conclusies nauwkeurig en afzonderlijk aanwijzen. Deze conclusies moeten doorlopend genummerd zijn”. Aan de materie eener conclusie is derhalve slechts één eisch gesteld, n.l. dat de materie nieuw zij. Voorts is het doel der conclusies, ook der volgconclusies, nauwkeurige omschrijving van het uitsluitend recht. Nu is de nieuwheid van een volgconclusie betrekkelijk vlug gegeven. Wanneer de maatregel der hoofdconclusie wordt verbonden met een alleszins bekenden maatregel, is het complex weer nieuw. Men zegt dan wel, dat de nieuwheid der hoofdconclusie afstraalt op de volgconclusies. Vóór 1940 stelde de Octrooiraad nog den eisch, dat een volgconclusie ook t.a.v. de hoofdconclusie een uitvinding moest bevatten. ²⁾ Deze eisch, die buiten de wet omging, was waarschijnlijk ingegeven door een zekere vrees voor het Amerikaansche systeem van ontelbaar vele conclusies. ³⁾ In de practijk werd niet bepaaldelijk streng de hand gehouden aan den eisch van uitvindingsgedachte in de volgconclusies, ook al niet, wijl vele aanvragers zich de schrapping van volgconclusies niet lieten welgevalen, er op wijzende, dat het hen vrijstond, om, involge de wet, uitdrukkelijk aan te geven, hoe ver hun uitsluitend recht in verband met een bepaalden maatregel zou moeten gaan. Ook hier werd veelvuldig aangenomen, dat de uitvindingsgedachte der hoofdconclusie afstraalde op de volgconclusies. Sinds 1940 heeft de Octrooiraad den reeds verwaterden eisch van uitvindingsgedachte tegenover de hoofdconclusie voor de volgconclusies laten schieten. ⁴⁾ Dit houdt

²⁾ Octrooiraad 18 September 1918, I.E. 1918, 190.

³⁾ In Amerika komen patenten voor met honderden conclusies, wier redactie nauwelijks van elkaar verschillen. Bijv. U.S.P. 1.245.117 voor een „lasting-machine” heeft 126 conclusies.

⁴⁾ Afdeling van Beroep 30 Maart 1940, B.I.E. 1940, 70.

dus in, dat van een volgconclusie niet zonder meer kan worden gezegd, dat zij een zelfstandig bestaan naast de hoofdconclusie heeft. In beginsel zijn het uitwerkingen van een en dezelfde uitvindingsgedachte, ofschoon uitzonderingen kunnen voorkomen.

Het voorafgaande omtrent eenheid van uitvinding en volgconclusies in het kort samenvattend, kan men zeggen, dat in de aanvraag meerdere samenhangende uitvindingsgedachten kunnen zijn belichaamd. Uit de aanwezigheid van meerdere conclusies vloeit niet zonder meer een vermoeden voort, dat die conclusies een onafhankelijk bestaan hebben, berustend op nadere uitvindingsgedachten.

Is nu de voorgebruiker gerechtigd tot het verdere toepassen der geheele uitvinding, van alle conclusies? In beginsel, ja. Hij behoeft niet meer te stellen, dan toepassing der aan de aanvraag ten grondslag liggende uitvindingsgedachte. Meer kan trouwens in redelijkheid niet van hem worden verlangd. De aanvrager kan in zijn aanvraag allerlei uitvoeringsvarianten beschrijven; hij kan het nieuwe met alle mogelijke bekende maatregelen verbinden, waarbij hij soms zelf niet aan daadwerkelijke toepassing zal denken. De voorgebruiker past uiteraard slechts één uitvoeringsvariant toe en wel die, welke onder de technische en commercieele omstandigheden van het oogenblik het meest geschikt is. Méér kan hij practisch gesproken niet doen.

Een zeer typisch geval bood de octrooiaanvraag Nr. 77764. ⁵⁾

⁵⁾ Afdeeling van Beroep 12 Februari 1941, B.I.E. 1941, 94; zie in het bijzonder het slot der beslissing, blz. 96 i.v.m. de grief van verzoekster betreffende de niet-verleening der verklaring van voorgebruik voor de derde conclusie.

De conclusies der octrooiaanvraag Nr 77764 = octrooi Nr 51098 zijn:

„1. Werkwijze voor de bereiding van in water onoplosbare vaste, di-aromatische „peroxyden uit zuurchloride- en alkalische peroxydeoplossing, met het kenmerk, „dat de bereiding plaats vindt bij aanwezigheid van een emulgeerend agens, dat de „fijne verdeling van het chloride bevordert.

„2. Werkwijze volgens conclusie 1, met het kenmerk, dat men zoowel de kristallen „als de kristalagglomeraten van het peroxyde door krachtig roeren in den vorm „van ongebroken kristalpoeder van een gelijkmatige grootte, kleiner dan ongeveer „10 μ , bereidt.

„3. Werkwijze volgens conclusie 1 of 2, met het kenmerk, dat men tijdens de „bereiding van het vaste peroxyde in de vloeistof een indifferent organisch of an- „organisch poeder brengt of het versch bereide peroxyde met een dergelijk poeder „mengt.”

In de derde conclusie dier aanvraag wordt bescherming gevraagd voor een maatregel in verband met conclusie 1, die n.b. was ontleend aan een ouder octrooi van de belangengroep der verzoekster om een verklaring van voorgebruik.⁶⁾ De voorgebruikster paste evenwel dien maatregel niet mede toe bij de werkwijze volgens conclusie 1. Daarom kan men het voorgebruiksrecht toch niet beperken. De tweede maatregel was alleszins aan ieder op het onderwerpelijke gebied bekend en toch zeker aan de verzoekster, die hem zelf had uitgevonden! Dit geval doet tevens duidelijk zien, hoeveel misverstand er met betrekking tot den omvang van het voorgebruiksrecht bestaat; in eerste instantie was de verklaring van voorgebruik voor die conclusie geweigerd.

Het kan echter voorkomen, dat in een aanvraag niet enkel voor de hand liggende uitvoeringsvarianten of combinaties der uitvinding zijn beschreven, doch dat mede inventieve nevenmaatregelen worden aanbevolen. Men kan in een zoodanig geval spreken van een gelede uitvinding; er zijn dan onafhankelijke geledingen der uitvinding, die tegenover de hoofdgedachte een zelfstandig inventief bestaan hebben. Ook hier geldt in beginsel, dat wat door den octrooiaanvrager in een aanvraag werd samengevoegd, voor den voorgebruiker niet zal worden gescheiden.⁷⁾ De aanvrager heeft de mogelijkheid om zulke geledingen der uitvinding in verschillende octrooiaanvragen onder te brengen, waardoor hij de mogelijkheid van voorgebruiksrecht voor het geheel kan coupeeren.

Toch bestaat er bij een goed begrip van den grondslag geen bezwaar tegen, om zulke geledingen, waarvan blijkt, dat ze inventief zijn boven hetgeen de voorgebruiker als zijn bezit kan doen gelden, buiten het voorgebruiksrecht te houden. De octrooiaanvrager zal dit aan de hand der octrooiaanvraag zelf hebben aan te toonen. Onjuist lijkt dan ook de beslissing der afdeeling van Beroep 12 Februari 1941, B. I. E. 1941,94, die een onderscheid maakte tusschen emulgatoren, die in de octrooiaanvraag volkomen op een lijn worden gesteld. Aequi-

⁶⁾ Niet mede gepubliceerd in de beslissing.

⁷⁾ In gelijken zin Telders, Handboek, blz. 310, Nr 335, die echter verder gaat en steeds het voorgebruiksrecht onbeperkt ziet tegenover de aanvraag.

Drucker, Handboek, blz. 203, sluit de verbeteringen uit, die de voorgebruiker niet had toegepast.

valent zijn voor het voorgebruik alle maatregelen, die blijkens de beschrijving der uitvinding voor het gestelde doel gelijkwaardig zijn; is dit niet het geval, dan moet dit in de aanvraag duidelijk zijn vermeld. Zoo niet, dan kan men niet buiten de aanvraag om, daartoe strekkende betoogen voeren, evenmin als de voorgebruiker in staat is om méér van zijn bezit der uitvinding aan te toonen, dan uit zijn toepassingshandelingen blijkt.

De jurisprudentie van den Octrooiraad^{a)} gaat wat betreft den omvang van het voorgebruiksrecht in andere richting dan de bovenstaand verdedigde en wel in aansluiting van de Deutsche practijk, wordt steeds het voorgebruiksrecht beperkt tot zoover de identiteit van het bezit der uitvinding uit de toepassingshandeling en de octrooiaanvraag is gebleken. Zoo beperkte de Afdeeling van Beroep 11 Juni 1927, I. E. 1927, 110, de verklaring van voorgebruik met betrekking tot de theesnijmachine volgens aanvraag 345 Ind. tot de conclusie 1 dier octrooiaanvraag. Bij de beslissing der Aanvraagafdeeling 13 Juli 1935, B. I. E. 1936, 65, beperkte de verzoekster zich zelf tot een werkwijze voor de bereiding van vanilline uit iso-eugenol door oxydatie in alkalische oplossing met nitro-benzeen-sulfonzuur-natrium en/of -kalium, terwijl de conclusie der octrooiaanvraag Nr. 63643 ruimer was afgesteld op een werkwijze ter bereiding van hydroxy-phenylmethanalen in het algemeen. Een duidelijk beeld van de wijze waarop de Octrooiraad tot dergelijke beperkingen komt geeft de uitvoerige beslissing der Afdeeling van Beroep 15 April 1937, B. I. E. 1939, 33. De verzoekster had de kunstharsen volgens de octrooiaanvraag Nr. 52929 bereid en daaruit lampenkappenmateriaal vervaardigd. In de conclusie is sprake van een verhitting der grondstoffen, waaruit het kunsthars ontstaat, in dunne lagen op een temperatuur zoodanig, dat alle, of het grootste gedeelte, der vluchtige bestanddeelen wordt verwijderd. Verzoekster had gewerkt met op 130° verhitte walsen, waartusschen het materiaal een temperatuur krijgt van 165° C. Voorts bleek, dat de vluchtige bestanddeelen bij dit procédé

^{a)} In inbreukzaken voor de rechterlijke macht komen bij de exceptie van voorgebruik vragen betreffende den omvang niet zoozeer aan de orde, wijl het daar steeds om één bepaalde inbreukmakende handeling gaat.

waren verdwenen; van die omstandigheid was zelfs aanteekening gehouden. De afdeeling van Beroep overwoog, dat echter niet was gebleken, dat verzoekster het inzicht had om bij andere harsen de alsdan noodzakelijke hoogere temperaturen toe te passen en liet het voorgebruiksrecht beperkt tot een verhitting bij ca. 130°. Deze beslissing lijkt bepaald onjuist. Er is hier zelfs geen sprake van *the benefit of the doubt*, die bij dubia aan den voorgebruiker toekomt, wegens zijn lastiger bewijspositie. Hier was duidelijk gebleken, dat de voorgebruiker het geheele procédé voor een bepaald geval in zijn macht heeft gehad. — Bij beslissing der Afdeeling van Beroep 2 Juli 1938, B. I. E. 34 werd het voorgebruiksrecht voor de erwten schoonmachine volgens de aanvraag Nr. 72869 beperkt tot de eerste 2 der 6 conclusies. Omtrent de reden dier beperking blijkt uit de gepubliceerde beslissing niets. ⁹⁾

De jurisprudentie van den Octrooiraad over dit punt is echter niet doorslaggevend, zooals wij nader in hoofdstuk VII nog zullen zien. Wij kunnen ons derhalve vasthouden aan de woorden der wet en den omvang van het voorgebruiksrecht in beginsel onbeperkt achten voor ieder onderdeel van de materie der octrooiaanvraag.

In verband met den omvang dient nog te worden besproken de in het tweede hoofdstuk reeds aangevoerde vraag, of hij die enkel vervaardigde verder ook mag verkoopen, gebruiken enz. Aldaar werd reeds gezegd, dat de samenhang der in art. 30 genoemde figuren van toepassing der uitvinding impliceert, dat wie een eigen recht tot toepassing der uitvinding heeft ook iedere toepassingsvorm zal mogen bewerkstelligen. Art. 32 bevat in dit opzicht ook geen begrenzing van het voorgebruiksrecht. ¹⁰⁾ Wie tot dusver enkel vervaardigde, mag dus verder ook verkoopen enz. Het octrooi blijft in zijn geheel onwerkzaam tegenover den voorgebruiker. ¹¹⁾

⁹⁾ Het is voor de bestudeering van octrooirechtelijke vraagstukken uitermate hinderlijk, dat de beslissingen van den Octrooiraad met betrekking tot openbaargemaakte octrooiaanvragen niet voor het publiek toegankelijk zijn. Weliswaar is in het octrooiereglement aanteekening in een openbaar register voorgeschreven, doch daar vindt men hoogstens het dictum in. Deze geheimhouding is door niets gerechtvaardigd.

¹⁰⁾ In gelijken zin Drucker, Handboek, blz. 209, Nr 152; Telders, Handboek, blz. 310, Nr 335.

¹¹⁾ Wij verdedigden in het voorgaande de meening, dat voorgebruiksrecht ook kan ontstaan door enkel in-verkeer-brengen of door enkel gebruiken. Ook dan geldt

Toch is er in de rechtspositie van den voorgebruiker als bezitter der uitvinding, tengevolge der octrooiaanvraag door een ander wel eenige wijziging gekomen. In de eerste plaats ondergaat zijn positie een kleine versterking. Door het octrooi wordt de concurrentie, die voorheen onbeperkt mogelijk was, een beperking opgelegd. Van de octrooibescherming profiteert de voorgebruiker min of meer mede. Anderzijds worden zijn rechten begrensde. Hij kan vanzelfsprekend geen eigen octrooiaanvraag meer indienen; hij kan ook inventieve verbeteringen, die mede in de aanvraag zijn opgenomen, niet meer onder zijn macht brengen. Belangrijk is voorts vooral de bepaling van art. 32, vierde lid, volgens welke het voorgebruiksrecht alleen met het bedrijf van den voorgebruiker aan anderen kan worden overgedragen. Deze begrensde overdraagbaarheid is geboden, wil men aan het octrooi niet iedere waarde ontnemen. De Memorie van Toelichting zegt daaromtrent het volgende: „Het gestelde doel zou echter worden voorbijgestreefd, „indien de vrijheid werd gelaten het hier bedoelde recht, op „welke wijze men wilde, over te dragen. Men zou het recht „dan aan verscheidene personen kunnen overdragen en dus „feitelijk licenties verleenen zonder octrooi te bezitten”.¹²⁾ Kon dus de voorgebruiker vóór de indiening der octrooiaanvraag het bezit der uitvinding vrijelijk aan eenieder overdragen, na de octrooiaanvraag is dit niet meer mogelijk. Dit kan een vrij ingrijpende terugslag op zijn zaken tengevolge hebben. Vooral dan, indien hij juist van plan was, door een systeem van licenties zijn uitvinding te exploiteeren. Zoo levert de bepaling moeilijkheden op bij de indirecte octrooi-exploitatie, zooals wij die in het tweede hoofdstuk bij de indirecte octrooi-inbreuk zagen. Een redelijken uitleg zal echter medebrengen, dat, indien de voorgebruiker op grond van een dergelijke indirecte exploitatie gerechtigd is tot verdere toepassing, hij die toepassing op denzelfden voet mag voortzetten. Overigens

uiteraard, dat het octrooi in zijn geheel onwerkzaam blijft tegenover den voorgebruiker. Anders dan bijv. in de Deutsche wetenschap wordt geleerd, meenen wij, dat de voorgebruiker, die enkel verkocht, voortaan ook zal mogen vervaardigen. Dit kan een verandering in het bedrijf van den voorgebruiker medebrengen, doch uit de wettelijke regeling valt niet af te leiden, dat dit ongeoorloofd is.

¹²⁾ Moorrees I, blz. 168.

mag hij geen licenties verleen en is het recht tot toepassing onverbreekbaar aan zijn bedrijf verknocht; het vormt daarmee een eenheid en om die reden is het voorgebruiksrecht ook ondeelbaar te achten. Slechts in een geval zal het voorgebruiksrecht kunnen worden overgedragen zonder het bedrijf, omdat het recht door die overdracht tevens teniet gaat. Dit is de overdracht aan den octrooihouder zelf.

Overigens is de voorgebruiker bevoegd tot willekeurige uitbreiding van zijn bedrijf. Hij zal ook filialen kunnen stichten, of het met het bedrijf kunnen overdragen aan een grootere onderneming, alsook bedrijf met voorgebruiksrecht kunnen inbrengen in een nieuw op te richten onderneming. Bij de stichting van filialen kan het voorkomen, dat die filialen eigen rechtspersoonlijkheid naast de moederonderneming krijgen. Zijn ook dan die filialen tot toepassing gerechtigd? Naar het schijnt behoeft men aan de juridische figuur van eigen rechtspersoonlijkheid in het onderwerpelijke geval geen te groote waarde te hechten. Zoolang de relatie met het hoofdbedrijf blijft bestaan, is de band tusschen voorgebruiksrecht en bedrijf in den zin der wet niet verbroken te achten.

Voor de overdracht van het voorgebruiksrecht is niet de overdracht van het geheele bedrijf noodzakelijk. Wanneer een chemische industrie o.a. zeep vervaardigt, waarvoor zij een recht van voorgebruik heeft, is het voldoende, indien enkel het bedrijf voor de zeepfabricage met het voorgebruiksrecht wordt overgedragen. De bedoeling der wet is slechts te voorkomen, dat meerdere rechthebbenden zouden ontstaan.

Er werd reeds op gewezen, dat bedrijf in den zin van het vierde lid van art. 32 eigenlijk meer ziet op een inrichting van bedrijf, terwijl in het eerste lid slechts sprake is van handelen in of voor zijn bedrijf, waar bedrijf dus in den ruimen zin is genomen n.l. niet het particuliere leven betreffend. Zoo kan het voorkomen, dat wel voorgebruiksrecht is verkregen, bijv. door proefnemingen van een zelfstandig ingenieur, terwijl er van een inrichting van bedrijf geen sprake is. Is dit voorgebruiksrecht dan niet overdraagbaar? Hij, die in het voorgebruiksrecht een lastig uitzonderingsrecht ziet, zal al vlug de niet-overdraagbaarheid bepleiten, om daarmee aan het aldus ontstane recht de grootst mogelijke (en vexatoire) beperking op te leggen. Dit lijkt onjuist. In elk geval zal degen,

die het voorgebruiksrecht op de geschetste wijze persoonlijk verwierf, een bedrijf kunnen stichten en het daarmee overdragen. In dit licht bezien bestaat er ook geen bezwaar tegen, om de eenmalige overdracht van het voorgebruiksrecht, in dit geval zonder bedrijf, toe te laten. Pour acquit de conscience kan men trouwens, zoo men wil, het bedrijf zien in een bedrijf tot exploitatie der uitvinding, waarvoor het voorgebruiksrecht bestaat.

Ook de Staat kan voorgebruiksrecht verwerven, zooals wij reeds zagen. Het „bedrijf van den Staat” is een moeilijk te omschrijven begrip. In de Deutsche wetenschap wordt vrijwel algemeen aangenomen, dat het voorgebruiksrecht is beperkt tot die bepaalde bedrijfsinrichting van den Staat, die het deed ontstaan, zoodat andere bedrijfsinrichtingen van den Staat niet tot toepassing zouden zijn gerechtigd. Dit zou, om een voorbeeld te kiezen, hierop neerkomen, dat, indien de staatswerf een systeem van dubbele ramen heeft uitgewerkt en een ander vraagt voor het zelfde onderwerp octrooi aan, alleen de staatswerf verder zou mogen toepassen en de Staat het niet bijv. in scholen zou mogen toepassen. Er is voor die opvatting iets te zeggen, hoewel onze wet er zeker niet toe noopt. Wat de overdraagbaarheid betreft, geldt hier voorzeker, dat met het voorgebruiksrecht niet de geheele Staat behoeft te worden overgedragen.

Het voorgebruiksrecht is, evenals het octrooi waarvoor het bestaat, een roerende onlichamelijke zaak (art. 37, lid 2 O.W.). Mitsdien geldt voor de overdracht van het recht de bepaling van art. 668 B.W. Naar zijn aard is het recht geheel negatief; het is een exceptie op de bevoegdheden van den octrooihouder. Het recht eindigt tegelijk met het octrooi. Voorts gaat het teniet door staking van het bedrijf; het kan dan echter herleven, indien de staking niet definitief is geweest.¹³⁾ Door vermenging gaat het teniet, wanneer voorgebruiksrecht en octrooi in een hand komen.

Kohler vergelijkt het voorgebruiksrecht met een wettelijke licentie¹⁴⁾; als zoodanig is het ook in het Zwitsersche recht bekend. Inderdaad is de overeenkomst op vrijwel alle punten aanwezig, doch het ontstaan van beide rechten is verschillend.

¹³⁾ Anders Telders, Handboek, blz. 312, Nr 338.

¹⁴⁾ J. Kohler, Handbuch des deutschen Patentrechts, 1900, blz. 478.

Bepaaldelijk verhelderend werkt de vergelijking niet. Door Zoll ¹⁵⁾ is het voorgebruiksrecht beschreven als een servituut en wel een *servitus fabricae*. Deze opvatting lijkt niet juist, gezien de groote verschilpunten. In het voorgebruiksrecht is meer een jus sui juris te zien, een uitzondering op het uit het octrooi voortvloeiende verbodsrecht.

Op den voorgebruiker rust geen enkele verplichting. Slechts zal hij ingevolge art. 36, derde lid, zijn waren moeten merken met het in art. 42 van het octrooiereglement nader omschreven merkteeken, bestaande uit de woorden „Nederlandsch Octrooi” onder toevoeging van het nummer van het octrooi. Doet hij dit niet, dan maakt hij zich, gezien art. 46 O.W., strafbaar. Nu wordt reeds door den octrooihouder gemeenlijk de bepaling omtrent het merkteeken niet gerespecteerd. ¹⁶⁾ Het voorschrift brengt, vooral bij onverpakte artikelen, teveel moeilijkheden met zich, zoodat er ook al stemmen zijn opgegaan, om de verplichting te doen vervallen. Is de lust tot het aanbrengen van het merkteeken bij den octrooihouder reeds niet zeer groot, bij den voorgebruiker zal deze nog aanmerkelijk geringer zijn. De ratio der bepaling — het voorkomen van inbreuk — bestaat voor hem nog minder. Trouwens de voorgebruiker, die, in het geheim toepassend, een actie van den octrooihouder afwacht, om dan de exceptie op te werpen, zal het aanbrengen van het teeken wel uit zijn hoofd laten. Het is voorts de vraag, of hij onder de bepaling valt, zoolang zijn voorgebruiksrecht niet in rechte is vastgesteld. Bij de redactie van art. 36, derde lid, schijnt met de situatie van den voorgebruiker niet voldoende rekening te zijn gehouden.

¹⁵⁾ Grünhuts Zeitschrift 21, 563; aangehaald bij Pietzcker, blz. 331.

¹⁶⁾ Ir. E. Flesseman Jr., Artikel 36 Octrooiwet, Octrooi en Merk 13-(1940)-92.

HOOFDSTUK VII.

VASTSTELLING VAN HET VOORGEBRUIKSRECHT.

Zooals wij zagen is het voorgebruiksrecht naar zijn aard een exceptie op het uitsluitend recht van den octrooihouder. Dienovereenkomstig is het ook de meest voor de hand liggende wijze van vaststelling van het voorgebruiksrecht, om dit als exceptie in een eventueele inbreukprocedure op te werpen. Overigens kan de voorgebruiker zelf tegen den octrooihouder, een procedure tot vaststelling van zijn recht aanspannen, terwijl evenzeer de mogelijkheid is gegeven, dat partijen het voorgebruikersrecht contractueel vastleggen. Hiermede zijn de mogelijkheden nog niet uitgeput. Art. 32, tweede lid, regelt een bijzondere procedure tot voorloopige vaststelling van het recht. Indien de voorgebruiker zich binnen den in art. 25 genoemden termijn van ter visie legging der octrooi-aanvraag (4 maanden na de openbaarmaking) tot den Octrooi-raad wendt met een verzoekschrift en „tot genoegen” van den Raad doet blijken, dat hij voorgebruiker in den zin der wet is, wordt hem door den Octrooiraad een zgn. verklaring van voorgebruik verstrekt, die in het octrooiregister wordt aangeteekend. Het recht is daarmede slechts voorloopig vastgesteld; de verklaring vestigt slechts een weerlegbaar vermoeden, dat de verzoeker voorgebruiker in den zin der wet is.

Er zijn dus een viertal mogelijkheden. Die tot vaststelling bij overeenkomst tusschen octrooihouder en voorgebruiker zal in de practijk weinig worden gebruikt. Indien het al voorkomt, dat over de aanwezigheid van voorgebruiksrecht een overeenkomst wordt aangegaan, zal de acte in het octrooiregister dienen te worden ingeschreven, wil zij tegenover derden — eventueel latere verkrijgers van het octrooi — werken. Dit geldt ook voor eventueele arbitrale beslissingen omtrent het voorgebruiksrecht.

De meest eenvoudige casuspositie ontstaat wel in het geval

de voorgebruiker rustig de geheime toepassing voortzet en afwacht of hij eventueel, bij ontdekking van de toepassing door den octrooihouder, door dezen wegens inbreuk wordt aangesproken, om dan de exceptie van voorgebruik op te werpen. Eenvoudig vooral, wijl in deze procedure vele lastige nevenquaesties kunnen worden vermeden, zooals bijv. den omvang van het voorgebruik betreffend. In de inbreukprocedure zal eerst worden vastgesteld, of het door den voorgebruiker toegepaste inderdaad onder het octrooi valt. Is dit door den octrooihouder aangetoond, dan zal nader worden onderzocht, of de voorgebruiker, die tijdig de exceptie heeft opgeworpen, vóór den indieningsdatum reeds datgene toepaste, wat hem nu als inbreuk wordt aangewreven. In dit geval komt dus enkel aan de orde, wat de voorgebruiker feitelijk toepast. Deze beperking brengt voor den voorgebruiker voordeelen mede. Bovendien wordt door rustig de procedure af te wachten, de octrooihouder niet op het voorgebruik opmerkzaam gemaakt, zoodat het zelfs kan voorkomen, dat er in het geheel geen rechtsstrijd ontstaat. De genoemde voordeelen bepalen ook de nadeelen. Vooreerst mist de voorgebruiker de in het industriele leven zoo gewenschte zekerheid, terwijl ook den omvang van het voorgebruik wellicht niet volledig in een inbreukprocedure wordt bepaald. Tenslotte is er het gevaar van verlies aan bewijs, naarmate een grootere tijdsruimte verloopt sinds de aanvraag. Het aanwezige, schriftelijke bewijs kan men bewaren, doch de vaak waardevolle getuigenverklaringen zijn afhankelijk van het leven dier getuigen. Ons bewijsrecht kent geen middelen tot het vastleggen van getuigenbewijs buiten een procedure om, zoodat een belangrijk bewijsmiddel kan verloren gaan. Doch ook de nauwkeurigheid van het te voeren bewijs en het herinneringsvermogen der getuigen lijden door het verloop van tijd.

Daarvoor is dan gegeven de procedure tot verklaring van recht. Hieraan zal een onderhandeling met den octrooihouder omtrent de erkenning van het recht dienen vooraf te gaan, wil de eischende voorgebruiker niet het risico loopen, dat hij, in het geval hij in het gelijk wordt gesteld, de proceskosten toch zal moeten dragen.¹⁾ Van de mogelijkheid het voor-

¹⁾ Prof. Mr. Dr. C. W. Star Busmann, Hoofdtrekken van burgerlijke rechtsvordering, Nr. 143.

gebruiksrecht door een declaratoir vonnis te doen vaststellen wordt weinig gebruik gemaakt ²⁾, waaraan de kostbaarheid onzer civiele procedures niet vreemd zal zijn.

Het voordeel van de verklaringsprocedure voor den gewonen rechter, tegenover de hierna te bespreken verklaringsprocedure voor den Octrooiraad, is gelegen in het feit, dat men een definitief gewijsde krijgt, terwijl de eisch steeds kan worden ahangig gemaakt. Een voor- en nadeel is voorts, dat de rechter is gebonden aan de normale procedure- en bewijsregelen. De kostbaarheid vormt haar voornaamste nadeel.

De regeling der procedure voor den Octrooiraad tot het verkrijgen der „verklaring van voorgebruik” volgens art. 32, tweede lid, vindt zijn grondslag in conserveering van bewijs. De Memorie van Toelichting ³⁾ zeide nopens het tweede lid van art. 32: „De feiten waarop dit recht steunt, zijn intusschen, „wanneer eenige tijd daarna is verlopen, allicht niet zoo „gemakkelijk meer te bewijzen. Ten einde aan dit bezwaar „tegemoet te komen, is in het tweede lid de mogelijkheid „geopend, bij aanmelding binnen den termijn, gedurende „welken de octrooiaanvraag ter visie ligt, eene verklaring van „voorgebruik van den Octrooiraad te verkrijgen, waarbij „bedoelde feiten worden geconstateerd”. Daargelaten of hieraan nu inderdaad die behoefte bestond, in verband met de reeds besproken mogelijkheid om een declaratoir vonnis van den rechter te vragen, heeft men het karakter van de procedure voor den Octrooiraad ex art. 32, lid 2, steeds te zien als eene tot vastlegging van bewijs ⁴⁾. Andere beteekenis heeft deze niet. Aan de door den Octrooiraad te verleenen verklaring van voorgebruik is slechts verbonden een vermoeden van recht. De verklaring vergemakkelijkt de positie van den

²⁾ Eén enkel geval vindt men in Rb. 's-Gravenhage 12 November 1940, B. I. E. 1941, 52, N. J. 1940, Nr 1050 en Hof 's-Gravenhage 20 April 1942, N. J. 1942, Nr. 494, Octrooi en Merk 1943, Nr. 2.

³⁾ Moorrees I, blz. 168.

⁴⁾ Vgl. Drucker, Handboek, blz. 212, Nr. 156: „De strekking der regeling is niet de vaststelling van een recht, maar de verschaffing van een bewijsmiddel”; Telders, Handboek, blz. 310/11, Nr. 336.

De Haan, Léon's Rechtspraak, Octrooiwet, Suppl., blz. 499, ziet in het betreffende lid burgerlijke rechtspraak aan den Octrooiraad opgedragen. Dit lijkt niet juist, waar het slechts de vaststelling van bewijs betreft.

voorgebruiker in een inbreukprocedure zeer, doordat het vermoeden van recht een omkeering van den bewijslast ten zijnen gunste medebrengt. Het vermoeden is echter weerlegbaar, zooals de wet uitdrukkelijk vaststelt. De octrooihouder blijft bevoegd tegenbewijs te leveren.

Van de aldus geboden gelegenheid tot vastlegging van het bewijs van het voor gebruik wordt veelvuldig gebruik gemaakt. De meeste beslissingen terzake van voor gebruiksrecht zijn van den Octrooiraad afkomstig. Dit is wel begrijpelijk. De behandeling voor den Octrooiraad is goedkoop, zeker in vergelijking met de hoge kosten eener civiele procedure. Voor de inschrijving van het inleidende verzoekschrift is blijkens art. 18, sub. 2, onder a van het Octrooiereglement slechts een recht van f 10.— verschuldigd. De inschrijving van een Memorie van Grieven voor een eventuele behandeling in hooger beroep vergt f 30.— (art. 18, sub. 1, Octr.regl.), waarvan een bedrag tot f 20.— kan worden teruggegeven, indien men in het gelijk wordt gesteld. De verstrekking der verklaring en de inschrijving daarvan in het octrooieregister kost ten slotte een bedrag van f 10.—, art. 18 sub. 2 onder b, Octrooiereglement. Voor ingezetenen des Rijks is voorts vertegenwoordiging door een advocaat of octrooigemachtigde niet voorgeschreven. Naast de betrekkelijke goedkoopte der procedure heeft de behandeling voor den Octrooiraad nog het voordeel, dat de Raad zelf deskundig is met betrekking tot zich voordoende technische quaesties, hetgeen complicaties in verband met deskundigenbericht, zooals die voor den Rechter schering en inslag zijn, voorkomt.

Bevreemdend is echter, dat de Raad bij dezen, zuiver het bewijs van het voor gebruik betreffenden rechtsgang, niet is gebonden, of zich althans niet gebonden acht, door de gewone bewijsregelen uit het B.W. ⁵⁾ Dit kan tot onverantwoorde divergenties leiden tusschen hetgeen de Rechter in een inbreukzaak zou beslissen en datgene, wat de Octrooiraad heeft aangenomen.

⁵⁾ Octrooiraad 30 Juli 1919, I. E. 1919, 233, N. J. 1919, 1196. De Octrooiraad overwoog: „dat de Octrooiwet geen bepaling inzake de bewijskracht van acten inhoudt, en de Octrooiraad derhalve dienaangaande aan geenerlei regelen gebonden is; dat blijkens het voorgaande niet ter zake is al hetgeen door de gemachtigden van beide partijen inzake de in het Burgerlijk Wetboek voorkomende bewijsrechtelijke voorschriften betoogd is;”.

Het is daarbij zeer de vraag, of de octrooihouder, indien krachtens onjuiste toepassing van bewijsregelen door den Octrooiraad een verklaring van voorgebruiksrecht is afgegeven, tegen het aldus ontstane vermoeden voor den rechter zou kunnen opkomen; m.a.w. of het door hem te leveren tegenbewijs de rechtens onjuiste bewijsvoering voor den Octrooiraad zal kunnen betreffen. Naar het schijnt verdient het wel aanbeveling den Octrooiraad aan het gewone bewijsrecht te binden.

Het inleidende verzoekschrift kan slechts worden ingediend binnen den termijn van 4 maanden, gedurende welke de openbaargemaakte octrooiaanvraag ingevolge art. 25, sub 3, O.W. ter visie ligt. De behandeling van het verzoekschrift wordt daardoor min of meer gekoppeld aan de behandeling van eventueel mede ingekomen bezwaarschriften tegen de octrooi-verleening. Het komt vaak voor, dat ook de voorgebruiker een bezwaarschrift indient. De bezwaarschriften worden steeds eerst behandeld, wijl immers het verzoekschrift geen zin meer heeft, indien het octrooi wordt geweigerd. Wel worden de bezwaar- en verzoekschriften gemeenlijk in een zitting behandeld, wat het onaangename gevolg heeft, dat de voorbereiding voor de behandeling van het verzoekschrift onnoodig blijkt, indien het octrooi wordt geweigerd. Waarom de wet de mogelijkheid tot voorloopige vaststelling van het voorgebruiksrecht heeft beperkt tot verzoekschriften ingediend binnen den openbaarmakingstermijn, is niet duidelijk. De vastlegging van het bewijs kan daarna toch evenzeer van belang zijn. Waar de bestaande procedure voor den Octrooiraad, behoudens de eerder geuite critiek inzake de bewijsregelen, zeer bevredigend werkt, bestaat er de jure constituendo aanleiding om de beperking tot den openbaarmakingstermijn af te schaffen. Bovendien zou den Octrooiraad in dezen volledige bevoegdheid tot vaststelling van het recht kunnen worden gegeven. *) Zoowel voor den voorgebruiker als voor den octrooi-

*) Er is in den laatsten tijd toch reeds sprake van geweest, om aan den Octrooiraad in het algemeen een verdergaande jurisdictie te geven: zie: Mr. J. G. Buddingh de Voogt, R. M. Themis 1940, 519 en 1941, 97; Mr. J. K. Schellenbach, B. I. E. 1941, 16; Mr. G. H. C. Bodenhause e.a., B. I. E. 1941, 41; Dr. A. Koerts, B. I. E. 1941, 85; Mr. J. G. Buddingh de Voogt, B. I. E. 1941, 141, Mr. G. H. C. Bodenhause, B. I. E. 1941, 155; Dr. Mr. J. A. M. van Staay, Octrooi en Merk 1941, 212; Mr. J. G. Buddingh de Voogt, B. I. E. 1942, 2; Mr J. W. Dijkmeester, B. I. E. 1942, 82; Mrs. C. J. de Haan en C. Croon, N. Jbld 1942, 113 en 129; Mr. C. W. Stheeman, N. Jbld. 1942, 173.

houder mist de beslissing van den Octrooiraad ieder gewijsde. Wordt de verklaring door den Octrooiraad niet verstrekt, dan zegt dit in principe evenmin iets omtrent de al of niet aanwezigheid van het recht, als in het geval, dat de verklaring wel wordt verstrekt. Hij, die een definitieve beslissing wenscht, zal zich nogmaals tot den rechter moeten wenden, om een declaratoir vonnis. Dit is onbevredigend. Er zijn geen dwingende redenen, om aan de beslissing van den Octrooiraad het gezag van gewijsde te onthouden.⁷⁾ De thans geldende regeling is een ongewenschte halfheid.

De Octrooiraad heeft moeite gehad om gegadigden voor de verklaring van voorgebruiksrecht bij te brengen, wat zij in hun verzoekschrift hadden te stellen. Soms beperkte men zich zelfs tot niet meer, dan een weergave der in de wet genoemde gronden.⁸⁾ Het is duidelijk, dat de octrooiaanvrager op dergelijke summiere posita niet kan antwoorden. Anderzijds is het wel begrijpelijk, dat de neiging bij den voorgebruiker niet groot is, om meer te stellen dan het uiterste minimum. Dít niet zoozeer vanwege de reeds in het algemeen aanbevelenswaardige beknoptheid der posita, dan wel om deze reden, dat de voorgebruiker vanzelfsprekend niet meer dan het noodzakelijke

⁷⁾ Blijkens de gepubliceerde jurisprudentie is het nog nimmer voorgekomen, dat de beslissingen van den Octrooiraad inzake de verklaring van voorgebruik voor den rechter zijn aangevallen. Practisch gesproken zijn die beslissingen dus reeds definitief.

Tegen het vermoeden van recht, voortvloeiend uit de verklaring van voorgebruik, is moeilijk tegenbewijs te leveren, behoudens dan in het geval van een later aan het licht gekomen ontleening der wetenschap aan den octrooihouder.

Weigering der verklaring of beperkte verleening door den Octrooiraad vestigt rechtens weliswaar geen vermoeden van niet-aanwezigheid van voorgebruiksrecht voor het geheel of voor het afgewezen deel, doch de pretense voorgebruiker raakt daardoor feitelijk toch wel in een ongunstige positie. Degeen, die zich een beperkte verklaring laat verstrekken, wekt allicht den indruk, dat hij zich bij de verklaring neerlegt. Dit kan worden voorkomen door zelf de beperkte verklaring te weigeren, resp. het verzoek in te trekken. Met een authentiek afschrift der beslissing zijn de gebleken feiten dan toch licht te bewijzen.

⁸⁾ Afdeling van Beroep 8 December 1925, I. E. 1927, 13 (Een negental verzoekschriften niet-ontvankelijk verklaard, daar verzoeksters zich hadden bepaald tot het in abstracto herhalen van de gronden der wet. Het verzoekschrift is niet met redenen omkleed, wanneer geen concrete feiten worden gesteld); Aanvraagafdeling 27 juli 1935, B. I. E. 1936, 82 (Een verzoekschrift moet op feiten steunen, niet slechts de gronden der wet herhalen, daar het dan niet met redenen is omkleed).

van zijn industrieel procédé zal willen bloot geven tegenover den concurrent. De voorgebruiker kan, in tegenstelling met den octrooiaanvrager een langjarige ervaring hebben, waardoor zijn procédé veel meer geperfectionneerd is, dan datgene, wat uit de octrooiaanvraag blijkt. De lust tot verheimelijking is uit den aard der zaak alsdan zeer groot te achten. *) De Octrooiraad heeft in een beslissing der Afdeeling van Beroep 5 April 1924, I. E. 1924, 70, N. J. 1924, 743, ten behoeve van gegadigden naar een verklaring van voorgebruik een nauwkeurige aanwijzing gegeven van de eischen, waaraan het verzoekschrift moet voldoen:

1. De verzoeker moet stellen, dat hij op het tijdstip van de aanvraag om octrooi, datgene, waarvoor octrooi wordt aangevraagd binnen het Koninkrijk reeds in of voor zijn bedrijf vervaardigde of toepaste, of aan zijn voornemen tot zoodanige vervaardiging of toepassing een begin van uitvoering had gegeven.

2. Hij moet het gestelde motiveeren, d.w.z. de concrete feiten noemen, waarop het verzoek wordt gebaseerd, zooals:

a. nauwkeurige omschrijving van de werkwijze, welke hij heeft toegepast of van de constructie van het toestel, dat hij heeft vervaardigd;

b. opgave van het tijdstip, waarop die toepassing of vervaardiging — eventueel een begin van uitvoering — is geschied;

c. welk het bedrijf is, in of voor hetwelk datgene waarvoor octrooi wordt aangevraagd werd vervaardigd of toegepast;

d. mededeeling op welke plaats binnen het Koninkrijk de vervaardiging of toepassing geschiedde of daaraan een begin van uitvoering werd gegeven.

De Octrooiraad hecht evenwel weinig aan formaliteiten. Met formeele bezwaren, die men vaak voor den rechter opgeworpen en in behandeling genomen vindt, komt men bij den

*) Uit den aard der zaak moeten de stukken, waarop de voorgebruiker zich beroept voor den octrooiaanvrager toegankelijk zijn. Vgl. ook Aanvraagafdeeling 24 December 1937, B. I. E. 1941, 68: Verzoekster is in haar verzoek niet-ontvankelijk, daar zij zich beroept op een voor aanvraagster niet toegankelijk stuk — een geheime octrooiaanvraag — en heeft verzuimd in haar verzoekschrift voldoende mededeeling te doen omtrent de door haar toegepaste werkwijze. Dit wordt niet anders doordat verzoekster ter zitting nadere inlichtingen heeft verschaft en verklaarde den Octrooiraad te machtigen haar geheime octrooiaanvraag ter visie van aanvraagster te leggen.

Octrooiraad, mogelijk tengevolge van de bezetting met technische leden, niet verder.¹⁰⁾ Van een formeel bezwaar tegen het verzoekschrift was sprake in de beslissing der Afdeeling van Beroep 11 Februari 1935, B. I. E. 1935, 32, echter wordt daarnaast een materiaal bezwaar genoemd, dat blijkbaar den doorslag gaf. Verzoekster had in de eerste plaats een bezwaarschrift tegen verleening van octrooi op de aanvraag ingediend, gegrond op niet-nieuwheid der uitvinding voortvloeiend uit openbaar voorgebruik en daaraan gekoppeld een verzoek om een verklaring van voorgebruik, voor het geval haar bezwaarschrift zou worden afgewezen. Het laatste geschiedde inderdaad en nu had de verzoekster in haar subsidiaire verzoekschrift enkel verwezen naar de voor het openbare¹¹⁾ voorgebruik gestelde feiten. De Octrooiraad meende, dat dit formeel niet juist was, doch noemt in een adem een materieele bedenking tegen de voorgebruikshandelingen als zoodanig. Het formeele bezwaar lijkt op zich zelf beschouwd niet zoo sterk. Waarom woordelijke herhaling te eischen van hetgeen reeds gesteld en intensief is besproken?

Tenslotte een enkel woord over de procedure voor den

¹⁰⁾ Octrooiraad 11 Juni 1919, I. E. 1919, 180 (Niet gesteld, dat het voorgebruik binnen het Koninkrijk plaats vond, doch dit is uit de stukken en uit het betoog van den gemachtigde af te leiden); Octrooiraad 17 September 1920, I. E. 1920, 306 (De Octrooiraad wil over het hoofd zien, dat niet is gesteld, dat de voorgebruikshandelingen binnen het Koninkrijk plaats hadden, daar uit de toelichting bij het verzoekschrift blijkt, dat zij inderdaad in Nederland waren verricht); Afdeeling van Beroep 16 Juni 1936, B. I. E. 1937, 22 (Verzoekster in hetgeen na de indiening van het verzoekschrift nog door haar is aangevoerd ontvankelijk geacht, daar er in casu geen quaestie was van een beroep op nieuwe, nog niet gestelde feiten, doch slechts van een verduidelijking); Afdeeling van Beroep 25 October 1939, B. I. E. 1940, 128. (Nadat aanvraagster in eersten aanleg aan de behandeling van het verzoekschrift heeft medegewerkt, kan door haar niet met vrucht eerst in hooger beroep de niet-ontvankelijkheid van het verzoekschrift worden opgeworpen).

¹¹⁾ Het voorgebruik behoeft uiteraard niet geheim te zijn geweest, al zal het in geval van openbaar voorgebruik art. 32 niet vaak aan de orde komen, daar de uitvinding dan niet meer nieuw is en derhalve geen octrooi kan worden verleend, of een eventueel verleend octrooi kan worden nietigverklaard. Indien de Octrooiraad door onbekendheid met het openbare voorgebruik toch octrooi heeft verleend en de termijn van 5 jaren, binnen welke een nietigheidsactie kan worden ingesteld, is verstreken (art. 51, sub. 2), kan openbaar voorgebruik zeker als grondslag voor voorgebruiksrecht dienen. Trouwens ook in de praeclusiefftermijn kan de openbare voorgebruiker zich de nietigheidsactie sparen, wanneer zijn voorgebruik voldoende vaststaat. Hij profiteert immers mede van de octrooibescherming.

Octrooiraad. Deze is in beginsel zeer eenvoudig gehouden. Het verzoekschrift komt voor de Aanvraagafdeeling, die den octrooiaanvrager in de gelegenheid stelt schriftelijk te antwoorden. Daarna wordt een zitting vastgesteld, waarop partijen hun standpunt mondeling kunnen toelichten en waarop tevens de eventueele getuigen worden gehoord. Hierop treft de Aanvraagafdeeling hare beslissing. Involge art. 27 O.W. kan men binnen drie maanden na de dagteekening der beslissing van de Aanvraagafdeeling door indiening eener memorie van grieven in beroep komen bij de Afdeeling van Beroep. Ook in de tweede instantie geschiedt de behandeling volgens het even vermelde schema. Tegen de beslissing der Afdeeling van Beroep staan geen verdere rechtsmiddelen open. Zij is definitief. Over het geheel genomen duurt de behandeling vrij lang. Dit niet in het minst door de lange termijnen voor antwoord, die gemiddeld twee maanden beloopt en met een gelijken termijn nog eens kunnen worden verlengd, doch vooral door de omstandigheid, dat de beslissingen van den Octrooiraad ongehoord lang op zich kunnen laten wachten. Het is geen zeldzaamheid, dat de beslissing der Afdeeling van Beroep eerst 6—9 maanden na de zitting wordt gegeven. Naast de vele voordeelen der eenvoudige behandeling, is deze tijdsverspilling een ernstig euvel.

HOOFDSTUK VIII.

BUITENLANDSCH RECHT.

Bij de thans volgende bespreking van het vreemde recht zullen wij ons bepalen tot het recht der groote naties: Duitschland, Engeland, Frankrijk en de Vereenigde Staten van Noord-Amerika. Het recht van onzen nabuurstaat België hangt nauw samen met het Fransche recht, zoodat een afzonderlijke bespreking daarvan niet noodzakelijk lijkt.

Van de genoemde landen kennen de angelsaksische landen geen voorgebruik. In Engeland is *prior use* een beletsel voor de octrooi verleening; eventueel kan een verleend octrooi nietig worden verklaard. *Prior use* (in Engeland) tast de nieuwheid der uitvinding aan. Aldaar wordt een absolute opvatting van het nieuwheidsbegrip gehuldigd, voor wat betreft bekendheid binnen Engeland. Iedere bekendheid, al is deze ook niet publiek, is nieuwheids-schadelijk. Dit is nog een overblijfsel uit den ouden tijd. Het hangt nauw samen met de invoering van industrie in Engeland.

In Amerika wordt het octrooi toegekend aan den eersten uitvinder. Is iemand eerder met de uitvinding op de hoogte geweest, dan de aanvrager van het octrooi, dan kan de eerste uitvinder zulks opeischen. De latere uitvinder wijkt hier volledig voor de eerste. Vojácek ¹⁾ ziet ten onrechte in Section 4899 der Revised Statutes een regeling van voorgebruik. ²⁾ Dit artikel verklaart slechts, dat alles rechtmatig in het verkeer

¹⁾ Dr. Ing. Jan Vojácek, A Survey of the principal national patent systems, London 1936, blz. 84.

²⁾ Section 4899: Every person who purchases of the inventor or discoverer, or with his knowledge and consent constructs any newly invented or discovered machine, or other patentable article, prior to the application of the inventor or discoverer for a patent, or who sells or uses one so constructed, shall have the right to use and vend to others to be used, the specific thing so made or purchased, without liability therefor.

is gebracht, wat de uitvinder vóór de indiening der aanvraag in het verkeer heeft gebracht. Met voorgebruiksrecht in eigenlijken zin heeft dit niets uitstaande.³⁾

Iets uitvoeriger zullen wij hebben stil te staan bij het voorgebruiksrecht in Duitschland en Frankrijk.

Duitschland:

De wet van 15 Mei 1936 regelt thans in § 7, eerste lid, het voorgebruiksrecht als volgt: „§ 7. Die Wirkung des Patents tritt gegen den nicht ein, der zur Zeit der Anmeldung bereits im Inland die Erfindung in Benutzung genommen oder die dazu erforderlichen Veranstaltungen getroffen hatte. Dieser ist befugt, die Erfindung für die Bedürfnisse seines eigenen Betriebs in eigenen oder fremden Werkstätten auszunutzen. Die Befugnis kann nur zusammen mit dem Betrieb vererbt oder veräußert werden. Hat der Anmelder oder sein Rechtsvorgänger die Erfindung vor der Anmeldung anderen mitgeteilt und sich dabei seine Rechte für den Fall der Patenterteilung vorbehalten, so kann sich der, welcher die Erfindung infolge der Mitteilung erfahren hat, nicht auf Massnahmen nach Satz 1 berufen, die er innerhalb von sechs Monaten nach der Mitteilung getroffen hat”.

In groote lijnen is dus de regeling gelijk aan de onze hetwelk ook begrijpelijk is, daar onze wet, naar de bedoeling, bij de Duitsche zou aansluiten. Op eenige punten zijn er evenwel afwijkingen gekomen.

Evenals ten onzent vormt het bezit der uitvinding bij den voorgebruiker den grondslag van het voorgebruiksrecht. Het bezit moet blijken uit toepassingshandelingen of een begin van uitvoering daarvan. Door enkel verkoopen of import ontstaat eveneens voorgebruik.⁴⁾ Gedeeltelijk bezit der uitvinding

³⁾ De benaming bij Amerikaansche auteurs voor het Europeesche voorgebruiksrecht is „personal possession”. Vgl. Stephen P. Ladas, *The international protection of industrial property*, Cambridge (U.S.A.), 1930, blz. 244, § 153.

⁴⁾ H. Tetzner, *Kommentar zum Patentgesetz*, 1941, blz. 210, Anm. 9: „Denn es genügt, dass eine der Vorbenutzungsarten im Inland erfolgt ist; dass die ganze gewerbliche Betätigung des Vorbenutzers im Inlande sich abgespielt hat, ist nicht erforderlich”. Vgl. ook, Reichsgericht 24 Juni 1912, Blatt 1912, 280: „der nach Deutschland importierende Fabrikant erlangt ein Vorbenutzungsrecht an der auf Herstellung der Ware gerichteten Verfahrenserfindung”.

leidt tot gedeeltelijk voorgebruik. Anders dan bij ons, is de ontleening van wetenschap, niet in de wet omschreven, behoudens de laatste in 1936 toegevoegde zin. Het Duitsche standpunt inzake ontleening werd boven reeds uitvoerig besproken. Slechts ontleening te kwader trouw vitieert het voorgebruik. Kwade trouw wordt beheerscht door de gewone regelen van wederrechtelijkheid in ruimen zin. Volgens de Novelle van 1936 kan op grond van ontleening van wetenschap aan mededeelingen van den aanvrager, die zich zijn rechten heeft voorbehouden, binnen 6 maanden vóór de indiening der octrooi-aanvraag geen voorgebruik ontstaan. Onder „Benutzung” wordt in de practijk, ofschoon de wet dit niet met zooveel woorden zegt, „gewerbsmässige Benutzung” verstaan. Dat ook indirecte toepassing tot voorgebruiksrecht aanleiding kan geven, is in Hoofdstuk V besproken. Een bijzonderheid tegenover ons Recht is voorts, dat het voorgebruiksrecht niet in den prioriteitstermijn kan ontstaan. ⁵⁾ Deutschland heeft het verdrag van Londen reeds geratificeerd. Tegenover buitenlanders geldt dit slechts inzooverre de nationale wet dier vreemdelingen wederkeerig is op dit punt. De omvang van het recht is geheel als ten onzent. Het Patentamt is niet bevoegd een verklaring van voorgebruik af te geven. De vaststelling van het recht kan worden verkregen door een „Feststellungsklage” bij den gewonen rechter. Voorts kan het voorgebruiksrecht steeds als exceptie worden opgeworpen in een inbreukzaak.

Frankrijk:

Een wettelijke regeling van het voorgebruiksrecht ontbreekt in Frankrijk, zooals wij in het derde hoofdstuk van dit werk zagen. De instelling berust dus op de rechtspraak. ⁶⁾ Het aldus in vrijheid gegroeide recht heeft zich langs dezelfde algemeene lijnen ontwikkeld als ten onzent en in Deutschland.

⁵⁾ § 7, Abs. 3, Patentgesetz: „Steht dem Patentinhaber nach einem Staatsvertrag ein Prioritätsanspruch (§ 27) oder nach dem Gesetz, betreffend den Schutz von Erfindungen, Mustern und Warenzeichen auf Ausstellungen, vom 18. März 1904 (Reichsgesetzbl. S. 141) ein zeitweiliger Schutz zu, so ist an Stelle der in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Anmeldung die vorangegangene ausländische Anmeldung oder der Beginn der Schaustellung der Erfindung maßgebend. Dies gilt jedoch nicht für Angehörige eines ausländischen Staates, der hierin keine Gegenseitigkeit gewährt”.

⁶⁾ E. Pouillet, Traité, 6e ed. 1915, blz. 536/58, Nos. 425/43.

Meestal wordt het aangeduid met *possession personnelle*, ook wel *possession antérieure*. De eerste benaming zou doen veronderstellen, dat het recht aan den persoon van den voorgebruiker is gebonden, wat evenwel niet het geval is; het recht is overdraagbaar, zij het slechts met het bedrijf. ⁷⁾ Een belangrijk verschilpunt, van theoretischen aard overigens, is dit, dat de schrijvers vrijwel unaniem aannemen, dat „*possession de l'invention*” zonder meer tot voorgebruiksrecht aanleiding geeft. Toepassing der uitvinding of een begin van uitvoering daarvan zou dus niet noodig zijn. Slechts Couhin ⁸⁾ was, als eenige uitzondering, de opvatting toegedaan, dat voor voorgebruiksrecht toepassing der uitvinding noodzakelijk was: „*L'exception de possession antérieure ne peut être opposé que par celui qui, avant la demande du brevet, avait déjà dans une mesure plus ou moins large, soit fabriqué le produit, soit employé le moyen, objet de ce brevet*”. Couhin vindt steun voor zijn opvatting in practisch alle rechterlijke beslissingen, immers de bezitter der uitvinding moet op eenigerlei wijze zijn bezit aantoonen en daartoe is toepassing, of een begin van toepassing, zooals plannen, teekeningen e.dgl., bij uitstek geëigend. Vandaar dat deze steeds als bewijs waren gebruikt. De strijd op dit punt is dan ook van zuiver theoretischen aard, zooals wij reeds hiervoren opmerkten. ⁹⁾ Couhin vond bovendien een geval beslist, waar niet van toepassing of een begin van uitvoering sprake was en dan ook inderdaad voorgebruiksrecht werd geweigerd. ¹⁰⁾ Een sterk sprekend geval was dit niet. De Fransche Staat had in haar archieven een teekening gehad van de betreffende „*pont barrage*”, doch deze nimmer uitgevoerd voor de openbaarmaking van het octrooi. Volgens onze begrippen was hier geen voortgezette toepassing aanwezig geweest en mist derhalve dit archiefstuk iedere bewijskracht voor het bezit der practische uitvinding. In beginsel is de Fransche rechtspraak Couhin dan ook niet gevolgd.

⁷⁾ Cour de Cassation 22 Juillet 1890, Ann. 90, 268.

⁸⁾ Claude Couhin, *La propriété industrielle, artistique et littéraire*, 3 Ts. Paris 1894/98, Tome II, p. 241.

⁹⁾ Vgl. ook onze beschouwingen in Hoofdstuk IV.

¹⁰⁾ Cour de Paris 5 Mars 1896, Ann. 96, 73.

INHOUD.

Inleiding	I
Hoofdstuk I	De grondslag van het octrooirecht . .	5
Hoofdstuk II	De uit het octrooi voortvloeiende rechten	50
Hoofdstuk III	De geschiedenis van het ontstaan van het voorgebruiksrecht	66
Hoofdstuk IV	De grondslag van het voorgebruiksrecht	78
Hoofdstuk V	De voorwaarden voor het ontstaan van het voorgebruiksrecht	86
Hoofdstuk VI	Omvang en aard van het voorgebruiks- recht	130
Hoofdstuk VII	Vaststelling van het voorgebruiksrecht .	141
Hoofdstuk VIII	Buitenlandsch recht	150

STELLINGEN.

I.

Het is onjuist den duur van een octrooi in de wet op een fixe aantal jaren te limiteeren.

II.

Het is gewenscht den geheimhoudingsplicht van den Octrooi-raad na openbaarmaking eener octrooiaanvraag op te heffen voor alle stukken betreffende het openbaargemaakte.

III.

De soortgelijkheid van waren van collideerende merken dient te worden onderzocht naar het criterium of de waren voorkomen in denzelfden tak van handel en/of industrie.

IV.

Voor den eendaadschen samenloop (*concursum idealis*) is de *eo ipso* formule de meest juiste.

V.

Bij het op onregelmatige wijze betrekken van electrische energie uit een distributienet behoort niet diefstal doch verduistering ten laste te worden gelegd.

VI.

Kerkgenootschappen zijn privaatrechtelijke rechtspersonen.

VII.

Onze wet huldigt de relatieve overmachtsleer.

VIII.

Verborgen gebrek is een speciaal geval van dwaling.

IX.

De uitgifte van niet-volgestorte toonderaandeelen eener naamlooze vennootschap in strijd met art. 38c K. is geen nietige handeling.

X.

Vorderingsrechten aan order worden door enkel endossement overgedragen.

XI.

De regel *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* lijdt in ons handelsrecht geen uitzondering.

XII.

Een kartelovereenkomst, waarbij partijen zich verbinden om zich duurzaam te gedragen naar het inzicht der meerderheid der bij het kartel aangeslotenen, is, al wordt de persoonlijke vrijheid zeer beperkt, niet een overeenkomst in strijd met de goede zeden, noch ook behoeft de uitvoering dier overeenkomst in strijd met de goede trouw te zijn.

XIII.

De gronden, waarop C. A. Verriën Stuart de mathematische economie bestrijdt, zijn onvoldoende.

XIV.

De invloed van octrooien op de trustvorming in de industrie mag niet worden onderschat.

